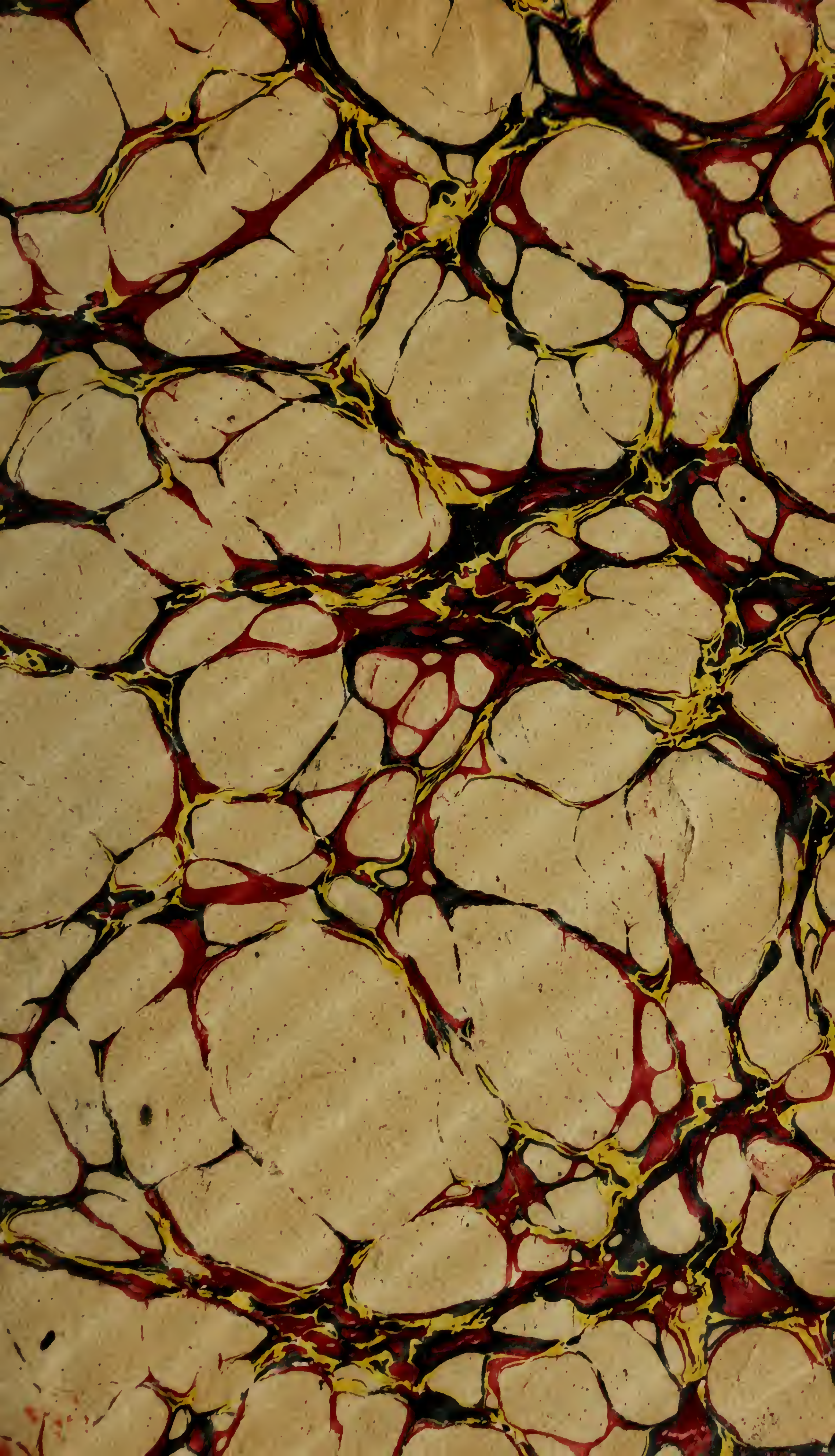
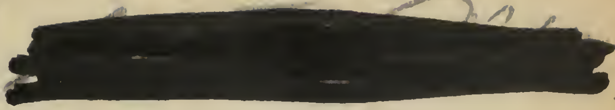

Universitas Ottaviensis
BIBLIOTHECA




[redacted]

LE

DROIT COMMERCIAL

DANS SES RAPPORTS

AVEC

LE DROIT DES GENS

ET

LE DROIT CIVIL

[redacted]

CORBEIL. — IMPRIMERIE DE CRÉTE FILS.

LE
DROIT COMMERCIAL
DANS SES RAPPORTS
AVEC
LE DROIT DES GENS
ET
LE DROIT CIVIL

PAR

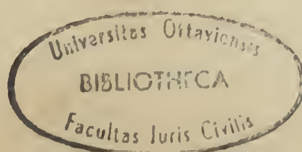
M. G. MASSÉ
CONSEILLER A LA COUR DE CASSATION

TROISIÈME ÉDITION, REVUE ET AUGMENTÉE

TOME PREMIER.

PARIS
GUILLAUMIN ET Cie, LIBRAIRES
Éditeurs du Journal des Économistes, de la Collection des principaux Économistes,
du Dictionnaire de l'Économie politique,
du Dictionnaire universel du Commerce et de la Navigation, etc.
Rue Richelieu, 14

1874



PRÉFACE

Il n'est pas nécessaire d'insister aujourd'hui sur l'intérêt que présente l'étude du droit commercial dans ses rapports avec le droit civil. Si le droit commercial a des contrats qui lui appartiennent, s'il a, dans certains cas, des principes qui lui sont propres, il n'en est pas moins une émanation du droit civil. On peut étudier le droit civil sans entrer dans les particularités du droit commercial; mais il est impossible d'étudier le droit commercial sans le rattacher aux principes fondamentaux qui servent de base au droit civil qui est le droit commun.

Sans doute il y a des questions dont la solution dépend uniquement des dispositions du code de commerce ou des lois particulières qui le complètent; mais il y en a d'autres, et ce sont les plus graves et les plus délicates, dont la solution ne peut être obtenue que par la conciliation des principes divers du droit commercial et du droit civil; il y en a même dont le droit civil peut seul fournir la solution : de sorte que si, dans certains cas, le droit civil, par une opposition apparente ou réelle avec le droit commercial, devient une source de difficultés, dans d'autres cas, au contraire, il est un moyen de décision, en suppléant à l'insuffisance du droit commercial et en éclairant ses obscurités à la lueur des principes du droit commun.

Pour rechercher et examiner les rapports qui existent entre cesdeux branches du droit, on peut choisir entre deux méthodes et deux manières de procéder.

On peut, accessoirement à un traité sur les différentes parties du droit commercial ou sur les différents contrats commerciaux, étudier ces rapports à mesure que l'occasion s'en présente, en indiquant comment les règles du droit commercial se confondent avec celles du droit civil, comment elles s'en distinguent ou s'en séparent.

Mais on peut aussi faire de ces rapports l'objet principal d'un travail qui, en prenant le droit civil pour point de départ et en le suivant dans toutes ses déductions sur les personnes, sur les biens, sur les obligations, expose la place qu'il occupe dans les parties correspondantes du droit commercial, et le rôle qu'il y joue.

J'ai préféré cette dernière méthode parce que c'est la seule qui permette, en laissant de côté les questions qui ne relèvent que des lois commerciales proprement dites, de s'attacher à suivre chaque principe et chaque disposition du droit civil, dans toutes leurs applications commerciales, en groupant autour d'eux les questions qui naissent de leur rencontre avec le droit spécial au commerce.

La plupart des règles du droit civil sur l'état et la capacité des personnes, sur la nature et la distinction des biens, sur leur transmissibilité, sur les obligations en général et sur les différentes espèces de contrats, peuvent ainsi trouver leur place à côté de la situation particulière que le commerce fait aux personnes qui y sont engagées directement ou indirectement; aux biens qui sont l'objet du commerce ou dont la manière d'être peut être affectée par des opérations ou des intérêts commerciaux; aux obligations qui restent dans tous les cas soumises à certains principes généraux; aux contrats qui ont des similaires dans l'un et l'autre droit; et enfin même aux contrats les plus essentiellement commerciaux, qui empruntent presque toujours quelque chose aux règles générales du droit civil.

C'est aux grands jurisconsultes italiens qui, au seizième et au dix-septième siècle, ont fondé le droit commercial, que je dois l'idée d'une recherche systématique des rapports du droit commercial et du droit civil. A une époque où il n'y avait pas de législation commerciale proprement dite, et où la règle se trouvait presque toujours dans la pratique et dans l'usage, c'est par les principes généraux du droit commun et

du droit romain que Casaregis, Straccha, Scaccia, Ansaldus, Roccus, de Turri, le cardinal de Luca interprétaient et justifiaient les nouveaux contrats que le besoin des affaires avait introduits dans les agissements du commerce. La codification des lois relatives au commerce n'a rien fait perdre de son intérêt à cette étude. Les règles établies par l'usage ou par la pratique n'ont pas changé de nature en devenant des lois écrites : elles dérivent toujours des principes généraux du droit, et c'est toujours à ces principes qu'il faut remonter pour en trouver le sens et l'esprit.

Cette étude devient même de plus en plus utile à mesure que le droit commercial, à raison de la mobilisation toujours croissante de la richesse, tend à cesser d'être le droit exclusif des commerçants pour devenir le droit de tout le monde, et que le mouvement des esprits dans presque toute l'Europe se porte vers la législation commerciale et les réformes dont elle est susceptible.

Il y a une autre branche du droit dont les rapports avec le commerce offrent un sujet d'étude d'un intérêt, sinon plus général, du moins plus élevé : c'est le droit des gens. Soit qu'il règle les relations des individus appartenant à une nationalité avec les gouvernements des autres nations, et détermine la situation qui est faite au commerce et aux commerçants vis-à-vis des gouvernements étrangers ; soit qu'il ait pour objet les relations qui s'établissent entre des individus appartenant à des nationalités différentes, règle la situation des étrangers dans l'État et détermine la forme et les effets des actes et des contrats qui sont le but et la conséquence des relations internationales, le droit des gens dans ses rapports avec le droit commercial est le complément nécessaire ou plutôt le point de départ de tout travail ayant pour objet la recherche des éléments divers qui, bien qu'appartenant à d'autres branches du droit, entrent dans l'ensemble des règles qui, au point de vue juridique et légal, intéressent les commerçants et le commerce.

Si l'étude du droit des gens public ou privé, dans ses rapports avec le droit commercial, a une utilité incontestable lorsque les relations internationales publiques ou privées sont pacifiques et faciles, cette utilité est encore plus grande dans les temps troublés et agités comme le nôtre, parce qu'il est

toujours nécessaire de connaître son droit, et que le commerce avec toutes les nations, quelles qu'elles soient, a son mobile moins dans une commune sympathie, que dans un intérêt bien entendu et réciproque.

Et d'ailleurs pourquoi ne le dirais-je pas? j'aime à croire que la paix est le but et la destination finale de l'humanité. Je ne puis admettre que la science, qui a centuplé les forces de l'homme et créé de nouveaux instruments de travail, qui, en faisant disparaître les distances, a multiplié les moyens de communication et solidarisé les intérêts en les rapprochant, n'ait produit ces merveilles que pour donner à l'homme des moyens jusqu'alors inconnus de destruction, et faire succéder aux instincts pacifiques qui ont dominé pendant une partie de ce siècle, les instincts guerriers qui laisseront dans sa seconde moitié une trace si sanglante. Je puis comprendre et partager les sentiments qui sont au fond des cœurs; mais, quels que soient les événements qui pourront un jour leur donner satisfaction, j'espère qu'un temps viendra où le droit des gens ne sera plus le droit de la guerre, mais seulement le droit de la paix.

Cultivons donc la science du droit commercial qui est le plus pacifique de tous, puisque le commerce est un terrain neutre sur lequel tous les hommes devraient pouvoir se rencontrer et s'entendre.

LE

DROIT COMMERCIAL

DANS SES RAPPORTS AVEC

LE DROIT DES GENS

ET LE DROIT CIVIL

LIVRE PREMIER

DU COMMERCE, DU DROIT ET DES LOIS, EN GÉNÉRAL, DANS LEURS RAPPORTS AVEC LE COMMERCE.

SOMMAIRE. — 1. Exposition. — 2. Division.

1. Les relations commerciales qui existent entre les nations et entre les hommes établissent des rapports, imposent des devoirs, créent des obligations, donnent naissance à des contrats d'une nature souvent particulière.

Ceux qui se livrent au commerce, leurs devoirs, leurs obligations, les contrats qui les lient, sont donc, en certains cas du moins, assujettis à des règles particulières qui peuvent être envisagées, soit du point de vue du droit général des nations, soit du point de vue du droit des individus.

L'ensemble de ces règles constitue le droit commercial, dont les rapports avec le droit des gens et le droit civil sont le sujet de cet ouvrage.

2. La connaissance de ces rapports suppose celle des caractères propres au droit des gens, au droit civil et au droit commercial; et ces caractères eux-mêmes ne peuvent être connus qu'autant qu'on s'est fait une juste idée du commerce et de ses opérations.

Je commencerai donc par exposer ce qu'on doit entendre par *commerce*, en jurisprudence.

Cette première connaissance acquise, j'envisagerai le droit, d'abord d'un point de vue général, ensuite d'un point de vue particulier aux relations commerciales.

Du *droit* je passerai à la *loi*, qu'on peut considérer comme l'expression du droit. L'exposition des règles relatives à la formation et à l'autorité des lois, spécialement des lois commerciales, complétera un ensemble de notions préliminaires sur le droit et les lois dans leur rapports généraux avec le commerce, qui permettra de saisir plus facilement, dans la suite et lors de l'examen successif des diverses parties de la jurisprudence, les questions qui naissent des rapports particuliers du droit des gens et du droit civil avec le droit commercial.

TITRE I

DU COMMERCE.

CHAPITRE PREMIER

DU COMMERCE EN GÉNÉRAL; SON ÉTABLISSEMENT; SES PROGRÈS.

SOMMAIRE. — 3. Définition du mot *commerce*. — 4. Origine du commerce. — 5. Ses progrès. — 6. Le commerce est licite. — 7. État du commerce dans l'antiquité. — 8. État du commerce au moyen âge. — 9. État du commerce dans les temps modernes.

3. Dans son acception la plus générale, le mot *commerce* embrasse les communications de toute espèce qui peuvent exister entre les hommes. Si c'est le goût, le penchant qui les attire les uns vers les autres, c'est un commerce d'amitié; si c'est pour échapper à l'ennui qu'ils se recherchent, c'est un commerce de plaisir ou d'amusement; mais si c'est l'utile et le nécessaire qu'ils cherchent mutuellement, c'est un commerce d'*intérêt* (1).

Employé pour exprimer des rapports intéressés, le mot *commerce* a une signification générale qui s'applique à tous les

(1) Ricard, *Traité général du commerce*, t. I, p. 32.

contrats dont l'objet est la transmission d'une chose ou d'un droit. *Verbum commercium generale est ad omnem contractum*, dit Straccha (1) ; *et commercium proprie est ubi aliquid cum alio geritur.* C'est en ce sens que dans le langage juridique on dit qu'une chose est ou n'est pas le commerce (2), alors qu'il s'agit de choses qu'on peut ou qu'on ne peut pas acquérir, se transmettre ou échanger (3).

Le commerce, envisagé sous ce point de vue général, est donc une communication réciproque entre deux personnes, dont l'une donne à l'autre une chose pour une autre chose qu'elle en reçoit (4); définition qui se trouve complétement justifiée, par l'étymologie que Scaccia attribue à ce mot : *Commercium est quasi commutatio mercium* (5), et qu'Ulpien avait d'avance confirmée en disant : *Commercium est emendi vendendique invicem jus* (6).

Mais lorsque ces rapports intéressés ont lieu avec suite et fréquemment entre personnes dont, soit l'une ou l'autre, soit toutes les deux, se proposent un profit qui doit être le résultat

(1) *De mercatura*, part. I, n. 94; et *De proxenetis*, part. II, n. 13.

(2) C. civ., 1128, 1303, 1598, 2226.

(3) ... *Unde legimus jurisconsultos ipsos dicere consuevisse... commercium in jure nostro designare liberam cujusvis potestatem res dominio et usibus propriis aliquo modo subjiciendi ; unde jura dicunt res quasdam esse quarum commercium habere non possumus, id est eas res tales esse ut comparari et in dominium ususve nostros redigi non possint.* (Straccha, *De mercatura*, part. I, n. 96.)

(4) Domat, *Droit public*, liv. I, tit. VII, sect. 2, n. 2.

(5) *De commerciis*, § 1, quæst. 1, n. 5. — Voy. aussi Heineccius, *De jure princip. circa comm.*, § 2 ; et Marquardus, *De jure mercatorum*, lib. I, cap. II. Scaccia donne encore au mot commerce une singulière signification en l'appliquant aux choses de la religion : *Comprehendit etiam*, dit-il, *cœleste commercium ; quando scilicet Creator generis humani sumens animatum corpus largitus est nobis suam deitatem ; quod sancta mater Ecclesia in repetitis antiphonis ultimi officii beatæ Virginis, vocat commercium admirabile.* (*De commerciis*, § 1, quæst. 1, n. 4.) On reconnaît bien là le défaut de mesure et l'abus des rapprochements, qui déparent trop souvent les belles qualités des savants du seizième siècle. — Virgile a appliqué le mot *commerce*, *commercium*, aux négociations de la guerre :

« .... Belli commercia Turnus
Sustulit illa prior......... »

(*Æn.*, lib. X, v. 532.)

(6) *Fragm.*, tit. XIX, § 5.

des communications établies entre elles, alors ce commerce est d'une espèce particulière et constitue le commerce proprement dit (1). En ce sens plus restreint et plus usuel, le commerce consiste donc dans une spéculation où l'on achète afin de revendre, et où l'on vend ce que l'on a acheté pour le revendre; ou mieux encore, dans les diverses négociations qui ont pour objet d'opérer ou de faciliter les échanges des produits de la nature ou de l'industrie, à l'effet d'en tirer quelque profit (2).

C'est dans ce dernier sens que le mot commerce est employé dans cet ouvrage ; c'est aussi le commerce ainsi entendu qu'envisage la jurisprudence, et qui fait l'objet du droit commercial. Les autres rapports intéressés qui existent entre les hommes font l'objet du droit civil.

4. De tout temps il y a eu des rapports intéressés entre les hommes, car il est dans la nature et dans la constitution de l'homme, qui est essentiellement sociable, d'avoir toujours besoin de ses semblables. Sans doute, dans les sociétés naissantes, ces rapports ont dû être dans un état de simplicité qui ne permet pas de leur assigner un caractère commercial proprement dit. Mais cet état de simplicité n'a pas dû avoir une longue durée, et les besoins de l'homme, croissant et s'augmentant sans cesse les uns par les autres, ont bientôt fait naître en lui l'esprit de spéculation et de négoce qui seul pouvait lui donner les moyens de satisfaire et ses besoins et ses plaisirs.

Les besoins d'abord, ensuite les commodités de la vie, auxquelles il est naturel d'aspirer dès qu'on les connaît, et qui deviennent un besoin dès qu'on les a goûtées, sont donc les causes qui ont donné naissance au commerce.

(1) *Finis mercatorum est lucrum*. Hier. de Luca, *De cambiis*, fol. 410, n. 38.

(2) Pardessus, *Cours de droit commerc.*, t. I, n. 1. Peut-être le mot *négoce*, *negotium*, *id est*, dit Scaccia (*De comm.*, § 1, quæst. 1, n. 6), *sine otio*, *quasi negans otium*, serait-il une dénomination plus juste à raison de l'activité qu'il exprime, et qui est un des caractères du commerce proprement dit. Mais le mot *négoce*, comme on le verra plus tard, ne s'applique qu'à une espèce de la chose dont le *commerce* est le genre.

Je dis les besoins d'abord, ensuite les commodités de la vie. Car je ne saurais admettre l'opinion de ceux qui pensent que les hommes ont plutôt cherché par le trafic les commodités que les nécessités de la vie (1). On ne peut supposer qu'ils aient recherché un superflu dont ils n'avaient aucune notion alors qu'ils manquaient du nécessaire. Les commodités de la vie ne sont, en quelque sorte, que des besoins perfectionnés, et les hommes n'ont pu les connaître et les désirer que lorsqu'une satisfaction continue de leurs premiers besoins eut rendu leur organisation plus délicate, ouvert leurs esprits à des désirs nouveaux et approprié leurs sens à des jouissances nouvelles.

Tant que la société n'a été autre chose que la famille, les besoins des hommes étaient peu nombreux et ils pouvaient les satisfaire eux-mêmes. Tout au plus sentaient-ils la nécessité de quelques échanges qui s'opéraient facilement entre l'agriculteur et le berger. Mais aussitôt que la réunion de plusieurs familles en société eut créé une communauté d'intérêts et de devoirs, dont chacun dut prendre sa part, la division du travail s'opéra aussitôt, et avec elle naquit le commerce, c'est-à-dire l'échange des produits entre les travailleurs, qui ne produisant plus qu'une seule chose, et produisant de cette chose plus qu'il n'en fallait pour leurs besoins, ont dû nécessairement chercher les moyens de se débarrasser de ce superflu pour acquérir le nécessaire (2).

5. Toutefois, cet état de choses ne dut d'abord donner naissance qu'à un commerce local et intérieur. Mais le penchant naturel de l'homme à accroître ses jouissances ; la facilité avec laquelle il se crée de nouveaux besoins ; l'intérêt qui est le principal mobile de ses actions ; le hasard ou l'expérience qui lui apprirent que les richesses de la nature variaient avec les climats, et que les produits des contrées lointaines pouvaient aussi satisfaire ses besoins ou ajouter à la somme

(1) Huet, *Histoire du commerce et de la navigation des anciens*, p. 4.

(2) Voy. Blanqui, *Histoire de l'économie politique*, t. I, p. 41 ; Adam Smith, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, liv. I, ch. I ; Platon, *De la république*, liv. II, trad. de M. Cousin, t. I, p. 88.

de son bien-être : tous ces éléments réunis changèrent les premiers fondements du commerce, en attendant que le commerce changeât la face du monde.

Le commerce devint alors navigateur.

Les poëtes, dans la description de l'âge d'or et des âges suivants, n'excluent point des usages des hommes, qu'ils supposent dans un état d'innocence plus ou moins complet, le commerce qui se faisait par terre ; mais ils renvoient le commerce de mer au siècle de fer, comme n'ayant d'autre cause que l'avarice, et d'autres moyens d'exécution qu'une témérité indomptable (1). Cette explication, bien qu'adoptée par des écrivains plus sérieux que les poëtes (2), me semble cependant plus poétique que sérieuse. Je crois plus vrai de dire que la navigation ne fut pas inventée par l'avidité ou l'audace, mais qu'elle naquit du hasard ou de la curiosité, et que le commerce mit à profit, pour les peuples séparés, ce moyen inattendu de communication (3).

Sans doute l'avarice, ou pour mieux dire le désir du gain, a trouvé à se satisfaire par le commerce, et aussi bien par le commerce de terre que par le commerce de mer ; mais les spéculations commerciales n'ont été lucratives pour ceux qui s'y sont livrés que parce que le commerce répondait à un besoin, et était nécessaire pour rapprocher et mettre à la portée du consommateur les produits dispersés de la nature et de l'industrie. Il faut bien d'ailleurs que ceux qui s'adonnent au commerce y trouvent leur intérêt et leur utilité per-

(1) Nondum cæruleas pinus contempserat undas,
Effusum ventis præbueratque sinum :
Nec vagus ignotis repetens compendia terris,
Presserat externa navita merce ratem.
(Tibulle, liv. I, élég. 3.)

(2) Huet, *loc. cit.*, p. 15.

(3) Peuchet, *Géographie commerçante*, *Disc. prélim.* ; Azuni, *Droit maritime de l'Europe*, t. I, p. 314, à la note. *Primi namque mortalium*, dit Kuricke, *cum inventæ nondum naves essent*, *avem forte fortunâ a cœlo delapsam viderunt*, *quæ aquis innataret : aut aliquid e terra delapsum quod in summis fluctibus subsideret ; aut arborem quæ e fluvio in profundum ferretur : ita paulatim et per gradus navigandi peritiam experientia collegit*. (Quæst. illust., n. 1.)

sonnelle, car autrement ils ne s'y adonneraient pas (1).

6. Cette dernière considération répond d'avance aux attaques dont le commerce a été l'objet de la part de ceux qui ont voulu prétendre que le commerce et ses profits sont illicites. Aussi ces attaques ont-elles toujours eu pour point d'appui ou des théories qui, en supposant l'homme à l'état de nature, sont la négation de la sociabilité et de la perfectibilité de l'espèce humaine; ou des exagérations morales et religieuses que des idées plus exactes et plus conformes à la nature des choses peuvent facilement réduire à leur juste valeur.

Il faut en effet admettre le commerce comme licite, à moins de supposer une communauté complète de toutes choses : *Commercia sunt licita et ideo permissa*, dit Scaccia (2); *qui assereret contrarium non procul distaret ab hæreticali illorum errore qui asserebant omnia bona debere esse communia.* Il faut bien aussi l'admettre comme nécessaire, puisque les besoins des hommes sont divers et nombreux, et que la Providence, en dispersant ses dons sur la face du globe, les a placés loin de ceux à qui ils sont utiles (3).

Je ne nie pas qu'au point de vue moral et religieux, les pratiques du commerce ne puissent quelquefois être atteintes par un blâme mérité. Mais c'est la faute des commerçants et non pas du commerce : *Negotiator avidus acquirendi*, dit saint Thomas (4), *pro damno blasphemat*, *pro pretiis rerum mentitur et perjurat; sed hæc vitia hominis, non sunt artis quæ sine his agi potest : ergo negotiari secundum se non est illicitum* (5). Et cette distinction aussi juste au point de vue moral qu'au point de vue religieux, est confirmée avec une grande force d'expression

(1) J.-B. Say, *Traité d'économie politique*, liv. I, ch. VIII; et *Cours complet d'économie politique*, part. III, ch. I, prouve très-bien que si les fonctions de commerçant donnent un bénéfice à celui qui les remplit pour le compte du public, elles n'offrent que de la perte pour le particulier qui les remplit pour son propre compte.

(2) *De commerciis*, § 1, quæst. 1, n. 66.

(3) *Commercium et mercatura sunt quintum reipublicæ elementum.* Balde, *Consil.* 348, n. 4; Ansaldus, *Disc. gen. de commercio*, n. 4.

(4) § 2, quæst. 77, art. 4.

(5) Voy. aussi saint Augustin, sur le psaume LXX.

dans ce passage de Cassiodore (1) : *Negotiatores ergo illi abominabiles existimantur qui justitiam Dei minime considerantes, per immoderatum pecuniæ ambitum polluuntur, merces suas, plus perjuriis onerando quam pretiis : tales ejecit Dominus de templo.*

On peut donc ne pas absoudre les commerçants et absoudre le commerce, sans toutefois qu'il faille pour cela se jeter dans une extrémité contraire, et voir dans le commerce, avec le savant mais naïf Toubeau, *un grand chemin ouvert au salut* (2). Ce qui est vrai, et cela suffit, c'est que le commerce est la conséquence forcée de l'état de société, qui est la destination de l'homme ; c'est que le commerce n'est pas absolument et nécessairement démoralisateur, et que, loin de là, sagement fait, dans l'intérêt bien entendu de ceux qui s'y livrent, il inspire des idées d'ordre, fait naître des habitudes de discipline morale, et démontre, par l'expérience, que la probité est à la longue plus profitable que la ruse et la fourberie. Ce qui est vrai encore, c'est que le commerce adoucit les mœurs; mais adoucir les mœurs, ce n'est pas les corrompre. Pour avoir de bonnes mœurs, il n'est pas nécessaire de les avoir rudes. Je crois donc que Montesquieu s'est trompé et s'est laissé séduire par une antithèse, lorsqu'il a dit « que les lois du commerce perfectionnaient les mœurs, par la même raison que ces mêmes lois perdaient les mœurs (3). »

C'est d'ailleurs une question oiseuse que celle de savoir si c'est le commerce qui influe sur les institutions et les mœurs d'un peuple, ou si au contraire ce sont les institutions et les mœurs qui influent sur le commerce. Il faut leur reconnaître une influence réciproque. Tout se tient dans la vie des peuples; tout agit et tout réagit, suivant les temps et suivant les lieux ; et si les instincts des peuples leur indiquent la route qu'ils doivent suivre, ces instincts se développent sous l'influence des institutions qui élargissent les voies et y attirent de plus en plus par l'appât de l'exemple ou de la facilité.

7. On l'a dit avec raison : les anciens vivaient de la con-

(1) Sur le psaume LXX.

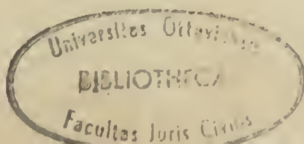
(2) *Institutes du droit consulaire*, tit. XVII, ch. I.

(3) *Esprit des lois*, liv. XX, chap. I.

quête, c'est-à-dire du travail d'autrui; tandis que nous, peuples modernes, nous vivons de l'industrie et du commerce, c'est-à-dire de notre propre travail (1); rapprochement heureux qui montre la différence fondamentale des deux époques et qui explique en même temps pourquoi le commerce n'était compté pour rien dans l'antiquité, tandis qu'il est tout aujourd'hui. L'esprit de conquête était l'esprit dominant des temps anciens ; et si cet esprit s'est trop souvent manifesté dans les temps modernes, c'est avec une autre tendance et un tout autre but. Chez les anciens, la conquête avait presque uniquement pour but l'asservissement des peuples conquis, et le pillage de leurs richesses et de leurs trésors. Chez les modernes, au contraire, combien de guerres ont été des guerres commerciales autant que des guerres d'influence? Quand le général Bonaparte conquérait l'Égypte, il méditait peut-être d'aller jusque dans l'Inde abattre la puissance commerciale de l'Angleterre; et quand Napoléon Ier attaquait la Russie jusqu'au fond de ses déserts, c'est qu'il voulait la punir d'avoir enfreint le blocus continental.

L'esprit de conquête des anciens, leur montrant en perspective de riches dépouilles à partager, était profondément antipathique à l'esprit du commerce, dont les produits, presque toujours lents, sont la récompense d'un travail pacifique. Le commerce vit de liberté ; mais la liberté des anciens États démocratiques n'était pas la liberté qui convient au commerce : l'agitation de la place publique lui est mortelle : et les citoyens, croyant n'avoir rien de mieux à faire que de délibérer au forum et d'écouter leurs orateurs à l'agora, laissaient le commerce aux esclaves ou aux étrangers, qui, peu sûrs de conserver ce qu'ils auraient acquis, ne s'y livraient qu'avec crainte et précaution. Le commerce, dit avec raison Montesquieu, est la profession des gens égaux (2); et où vit-on jamais moins d'égalité qu'à Athènes et à Rome, dont la civilisation résume celle de toute l'antiquité? La navigation, sans laquelle il ne peut y avoir de véritable commerce, était pres-

(1) M. Blanqui, *Histoire de l'économie politique*, t. I, p. 7.
(2) *Esprit des lois*, liv. V, chap. VIII.



que en horreur aux Romains; tellement qu'un Romain modèle, Caton, disait naïvement qu'il se serait repenti toute sa « vie s'il était oncques allé par eau, là où il eust pu aller « par terre (1). »

Quelle devait être la force des préjugés anciens contre le commerce, lorsqu'on voit les hommes les plus éclairés de l'antiquité, Platon, Aristote et Xénophon à Athènes, et Cicéron à Rome, s'en rendre les échos, rejeter le commerce parmi les occupations indignes des citoyens, et presque des hommes, soumettre leurs esprits aux fausses idées d'une foule aveugle, et ériger la paresse et l'oisiveté en vertus civiques (2) !

En présence de pareilles mœurs et d'institutions analogues, le commerce ne pouvait être et ne fut en effet que peu de chose. Il était borné au commerce d'approvisionnement et de transport, à celui de quelques objets d'art et de luxe. Mais le commerce dont les conquêtes viennent alimenter l'industrie; mais l'industrie et les manufactures, et leurs armées pacifiques de travailleurs qui rendent au commerce, sous une autre forme, les produits qu'elles en ont reçus ; mais le spectacle admirable de l'activité humaine occupée à produire et non à détruire, voilà ce que les anciens n'ont jamais connu, ce que le moyen âge a entrevu et ce que les temps modernes seuls ont pu contempler.

En dehors d'Athènes et de Rome, deux cités s'élevèrent, il est vrai, auxquelles on peut supposer une grande activité commerciale : Corinthe, dans la Grèce, et Carthage, qui avait succédé à Tyr. Mais quelque espace qu'eussent parcouru ces peuples dans les champs du commerce et de l'industrie, ils n'y ont laissé aucune trace. La même année vit la destruction de Corinthe et de Carthage ; et Rome, qui les ruinait toutes deux à la fois, éteignit le foyer de civilisation et de puissance dont elles étaient le centre, sans emporter dans ses murailles aucune étincelle de ce feu sacré (3).

(1) Plutarque, *Vie de Caton*, traduction d'Amyot.

(2) Voy. Platon, *Des lois*, liv. VI et XI ; Aristote, *Politique*, liv. VII, ch. IX ; Xénophon, *in Hierone ;* Cicéron, *De officiis*, lib. I, c. LXII.

(3) Voyez encore, sur le commerce des anciens, *infra*, liv. III.

Sans doute, à partir des derniers temps de la république romaine et sous les empereurs, un certain mouvement commercial se manifesta entre Rome et les provinces conquises qui alimentaient les besoins de la capitale du monde; mais ce mouvement fut toujours dominé par les instincts guerriers, politiques ou agricoles qui ont été le caractère distinctif des Romains (1).

8. Dans les temps qui suivirent la chute de l'empire romain, et au moyen âge, l'esprit de brigandage, et ensuite l'esprit de chevalerie, succédèrent à l'esprit de conquête, et non moins que lui furent hostiles au commerce et à ses progrès. Dans les premiers siècles, les invasions successives des Barbares qui se partageaient et s'arrachaient l'empire, donnèrent naissance à un brigandage atroce qui rendait toute communication impossible, non-seulement entre les États nouvellement formés, mais encore entre les différentes parties de ces États : les pirates infestaient les mers, et les brigands les grands chemins. Quand, avec la féodalité, l'ordre commença un peu à renaître, et avec lui le commerce, les seigneurs, qui méprisaient les travaux utiles tout en s'en servant au besoin, appelaient ou repoussaient les marchands suivant le caprice ou l'intérêt du moment, et presque toujours les grevaient de fortes taxes et de péages. Ces péages et ces taxes étaient d'autant plus onéreux qu'il n'y avait pas de seigneur qui n'en établît autour de son domaine, pour y trouver une source certaine de revenu, à une époque où presque tout le numéraire était entre les mains des Juifs, qui faisaient à peu près seuls le commerce, en colportant leurs marchandises de châteaux en châteaux.

Les foires qui s'établirent alors et dont quelques-unes acquirent depuis une grande importance, témoignent du triste état du commerce à cette époque : c'était seulement dans ces assemblées que le consommateur pouvait trouver les produits que ne lui offrait pas le commerce sédentaire, qui n'existait pas encore, et c'était là seulement que les marchands pouvaient espérer écouler leurs marchandises, parce que là seulement

(1) Voy. cependant M. Troplong, préface du *Contrat de société*, p. x et s.

se trouvait un concours suffisant d'acheteurs. Aussi, à mesure que le commerce s'est établi d'une manière solide et permanente, à mesure que la production et la consommation, s'augmentant l'une par l'autre, ont fait avancer la société moderne dans une voie de prospérité publique et commerciale, les foires ont perdu l'importance qu'elles avaient acquise, et c'est à peine si l'on peut en citer quelques-unes qui soient restées à la hauteur de leur ancienne renommée (1).

Cependant, tandis que dans la plus grande partie de l'Europe, le commerce restait immobile sous le joug féodal, il recevait au nord et au midi une impulsion toute nouvelle : là dans les villes anséatiques, ici dans les républiques italiennes. Les produits que ces cités industrieuses et commerçantes répandirent dans toute l'Europe en changèrent la face, politiquement et moralement. Dans l'origine, les seigneurs féodaux ne connaissaient point les objets de luxe ou d'agrément qui ne peuvent être introduits que par le commerce et les manufactures. Ils n'avaient donc d'autre manière d'employer leurs revenus, quand ils ne thésaurisaient pas, qu'en entretenant à peu près autant de monde qu'ils pouvaient en nourrir. De là l'hospitalité qu'offraient les châteaux ; de là aussi la facilité qu'avaient les seigneurs d'entretenir autour d'eux une troupe nombreuse de compagnons ou de vassaux que ralliait l'intérêt, et dont la réunion accroissait l'importance du suzerain. Mais lorsque le colportage eut fait pénétrer dans les châteaux les produits des manufactures étrangères, dont l'usage flattait le goût ou la vanité des seigneurs, et leur révélait des jouissances inconnues, alors, au lieu de faire consommer le produit de leurs terres par de nombreux commensaux, ils les échangèrent contre les produits de l'industrie commerciale. Aussitôt les seigneurs perdirent leur influence sur des gens qu'ils ne nourrissaient plus, et que l'appât journalier du vivre et du couvert ne retenait plus autour du château ; tandis que de leur côté ces anciens commensaux, auxquels la libéralité du maître ne fournissait plus la subsistance, durent se rejeter, pour vivre,

(1) J.-B. Say, *Traité d'économie politique*, liv. I, ch. VIII ; et *Cours d'économie politique*, part. I, ch. XVI.

sur les professions industrielles, qui leur donnèrent à la fois richesse et liberté (1).

9. Bientôt l'invention de la poudre, en changeant le système de guerre, mit fin à l'esprit de chevalerie, auquel devait plus tard succéder l'esprit de paix qui, malgré de tristes écarts, caractérise les temps modernes. L'usage de la lettre de change, qui se répandait de toutes parts, multipliait, en les facilitant, les transactions commerciales, et fondait le crédit privé ; en même temps que la découverte de la boussole conduisait à des mondes nouveaux, dont le commerce était appelé à conquérir les richesses.

Ainsi, d'une part, les institutions se modifiant par la force des choses, on voyait s'augmenter tous les jours le nombre des intelligences et des bras dont le commerce et l'industrie devaient alimenter l'activité et satisfaire les besoins ; tandis que les voies commerciales, s'élargissant à propos, facilitaient aux travailleurs l'entrée du régime nouveau sous lequel ils demandaient à vivre : réaction heureuse du commerce sur les mœurs, et des mœurs sur le commerce, éminemment favorisée par le génie de l'homme, et dont les effets combinés tendent à créer, de nos jours, une monarchie universelle dont le commerce est le roi.

Le tableau qu'offrent les temps modernes, gouvernés par le commerce et l'industrie, qui étaient des esclaves d'autrefois, est sans doute un des plus brillants spectacles qu'il ait été donné à l'homme de contempler. C'est une belle chose que cette activité humaine, incessamment occupée à produire, multipliant les forces de l'industrie, traversant les mers sans le secours des vents, et franchissant les distances avec la rapidité de la pensée. Ce grand mouvement a donné la prédominance aux intérêts industriels et commerciaux, même au milieu des sanglantes diversions de la guerre, et il a pénétré jusque dans la législation et dans la jurisprudence.

(1) Voy. Smith, *Richesse des nations*, liv. III, ch. III; liv. V, ch. I et III. — Voy. encore, sur les résultats de la féodalité, la discussion à laquelle a donné lieu, à l'Académie des sciences morales et politiques, une lecture de M. de Lavergne sur Adam Smith, *Compte rendu des séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, par M. Ch. Vergé, t. LII, p. 336.

Si, dans l'antiquité, il n'y eut, à proprement parler, d'autres lois commerciales que quelques lois maritimes; si plus tard le droit commercial resta renfermé dans les limites du droit maritime, et dans les règles particulières aux nouveaux contrats qui s'étaient introduits dans les usages du commerce; aujourd'hui que l'esprit commercial étend sa domination sur tout et partout, qu'il s'introduit dans les relations internationales comme dans les relations privées, le droit commercial envahit le droit civil. Il n'est donc ni sans utilité ni sans intérêt, soit au point de vue jurisprudentiel, soit au point de vue économique, d'étudier les lois commerciales et les rapports qu'elles ont avec les relations internationales, les lois civiles et la constitution générale de la société.

CHAPITRE II

DES OBJETS QU'EMBRASSENT LES OPÉRATIONS COMMERCIALES, ET DES DIFFÉRENTES ESPÈCES DE COMMERCE.

Sommaire. — 10. Nature des opérations commerciales. — 11. Différentes sortes d'industries. — 12. Industrie commerciale; Achats et Ventes; Louage. — 13. Transports. — 14. Contrats maritimes; Assurances. — 15. Courtages; Commissions; Commis. — 16. Changes; Banques; Lettres de change; Billets. — 17 Obligations entre commerçants. — 18. Industrie manufacturière. — 19. Y a-t-il lieu de distinguer entre le manufacturier et l'artisan? — 20. — Entreprise de manufactures. — 21. Industrie agricole. — 22. Dans quels cas elle peut devenir commerciale. — 22 *bis*. La détermination du caractère commercial des actes constitue une question de droit et non une question de fait. — 23. Ce qu'on doit entendre par marchandises et denrées. Renvoi. — 24. Comment l'acte de commerce constitue-t-il le commerçant? Renvoi. — 25. Différentes espèces de commerce. — 26. Commerce en gros et en détail. — 27. Commerce intérieur et extérieur. — 28. — Commerce de transport. — 29. Commerce de commission. — 30. Commerce de banque, d'assurances, etc. — 31. Commerce de luxe et d'économie.

10. J'ai défini le commerce (1) une spéculation où l'on achète afin de revendre, et où l'on vend ce qu'on a acheté pour le revendre. Mais il ne faut pas croire qu'il n'y ait de

(1) *Supr.*, n. 3.

commerce que là où se manifeste, d'une manière positive, extérieure et en quelque sorte matérielle, soit la vente, soit l'achat, soit la revente d'une marchandise. Loin de là, les opérations commerciales embrassent une foule d'autres actes accessoires, qui, bien qu'ils ne présentent pas l'apparence d'une vente ou d'un achat, se résolvent cependant en une opération de cette nature, ou en sont tantôt les préliminaires, tantôt les conséquences.

On donne donc le nom d'*actes de commerce* non-seulement aux spéculations de vente, d'achat ou de revente, mais aussi aux opérations accessoires qui s'y rattachent d'une manière plus ou moins directe.

Entrons à cet égard dans quelques explications.

11. Trois grandes industries se partagent l'activité de l'homme : l'industrie agricole, l'industrie manufacturière et l'industrie commerciale.

L'industrie agricole excite la nature à produire et recueille les produits tels que les offre la nature.

L'industrie manufacturière façonne ces produits et les approprie à nos besoins.

L'industrie commerciale met ces produits, ainsi façonnés et préparés, à la portée du consommateur.

Cette division, exacte en théorie et au point de vue de l'économie politique, disparaît en partie dans l'application, et au point de vue de la jurisprudence, en ce sens du moins que la jurisprudence considère comme actes de commerce, outre les opérations qui se rattachent directement à l'industrie commerciale, des opérations qui se rattachent plus particulièrement aux autres industries.

L'économie politique, qui a principalement pour but de rechercher comment se produisent et se distribuent les richesses, est dans le vrai lorsqu'elle les fait découler de trois sources principales, l'agriculture, les arts et le commerce, et lorsqu'elle ne voit le commerce que dans l'industrie qui met à notre portée en les achetant, en les transportant, en les réunissant, en les divisant et en les vendant, les produits que l'agriculteur a livrés au manufacturier, et qu'à son tour le

manufacturier a livrés au marchand (1); c'est en cela que, économiquement parlant, le commerce est productif, et c'est en ce sens qu'il diffère de l'agriculture et de l'industrie manufacturière qui se proposent un tout autre but (2).

Mais la jurisprudence, qui envisage moins le but distinct de chacune de ces industries, que les moyens communs qu'elles emploient pour arriver à ce but, voit un signe commercial partout où il y a une spéculation sur l'achat ou la revente d'un produit, quelles que soient d'ailleurs les circonstances qui environnent cette spéculation et lui donnent une forme; et elle répute commerciaux tous les actes secondaires destinés à favoriser l'accomplissement de l'acte principal et qui peuvent être pour celui qui les fait la cause d'un bénéfice. C'est pourquoi le commerce, sous le rapport légal et jurisprudentiel, et alors qu'il s'agit d'apprécier la valeur ou la forme des actes, leurs conséquences légales et la position des personnes qui les font, embrasse non-seulement les opéra-

(1) Voy. J.-B. Say, *Traité d'économie politique*, introd. et liv. I, ch. II et IX; et *Cours d'économie politique*, part. I, ch. VI, et part. IX, p. 560; Verri, *Économie politique*, ch. IV.

(2) Suivant J.-B. Say, *Traité d'économie politique*, liv. I, ch. II, c'est le comte Verri, économiste italien, qui, en 1771, a le premier donné une bonne définition économique du commerce, en disant que le commerce n'est autre chose que le transport des marchandises d'un lieu à un autre (*Économie politique*, ch. IV); idée que Say, duquel j'ai emprunté les paroles, a mise en relief, en l'exprimant avec plus de force et de concision, lorsqu'il dit que le commerce met à notre portée les objets de nos besoins, qui n'y seraient pas sans cela. — Cependant, cette nomenclature ou cette division de l'industrie en agricole, manufacturière et commerciale a été critiquée, comme incomplète et inexacte, par M. Dunoyer (*De la liberté du travail*, t. II, p. 106 et suiv.). Il y a, selon M. Dunoyer, quatre sortes d'industries : l'industrie *extractive*, qui se borne à extraire du sein des eaux, des bois, de l'air, de la terre, des matériaux auxquels elle ne fait subir d'ailleurs presque aucune façon; l'industrie *voiturière*, qui se borne à faire subir aux choses des déplacements, et ne leur donne d'autre façon que de les rapprocher des personnes qui les demandent; l'industrie *manufacturière*, qui modifie les choses en elles-mêmes et qui leur fait subir diverses transformations; enfin, l'industrie *agricole*, qui crée les productions végétales et animales. Comme on le voit, cette nomenclature comprend une industrie de plus, l'industrie extractive, qui, dans la nomenclature que j'ai suivie, rentre en partie dans l'industrie agricole, et en partie dans l'industrie manufacturière; et à la dénomination d'industrie commerciale elle substitue celle d'industrie voiturière.

tions de l'industrie commerciale, mais encore, dans le plus grand nombre de cas, celles de l'industrie manufacturière, et quelquefois même celles de l'industrie agricole.

12. Il y a plus : en ce qui touche l'industrie commerciale elle-même, qui s'exerce au moyen d'achats et de reventes, bien des actes sont réputés commerciaux, qui ne sont, à proprement parler, ni une vente ni un achat, mais qui favorisent la spéculation dont l'objet est d'acheter et de revendre avec bénéfice. Il est même à remarquer, sur ce point, que la spéculation peut avoir pour objet non un bénéfice à faire sur la revente, mais un bénéfice à faire sur la location de la chose achetée, et qu'il y a acte de commerce aussi bien lorsqu'on achète un produit pour en louer l'usage, que lorsqu'on l'achète pour le revendre, parce qu'alors, au lieu de vendre la chose même, on en vend l'usage temporaire.

13. Un des faits principaux qui se rattachent à l'industrie commerciale, et qui constituent l'acte de commerce à un degré aussi éminent que l'achat pour revendre et la vente qui suit l'achat, c'est l'entreprise de transport. Soit que le transport s'effectue par terre, soit qu'il s'effectue par eau, il se lie intimement à l'achat et à la revente dont il est le moyen : il est l'agent principal du commerce qui, comme on le sait, a pour but principal de procurer dans un lieu les marchandises qui se trouvent dans un autre. Il aide les spéculations en facilitant la revente à un prix plus élevé que l'achat ; car, suivant l'heureuse expression de J.-B. Say (1), le transport des marchandises est une espèce de façon qu'on leur donne. L'entreprise de transport est d'ailleurs et par elle-même une spéculation commerciale, puisque le propriétaire des moyens de transport, après avoir acheté les objets nécessaires pour l'effectuer, spécule sur leur location, de laquelle il attend un profit.

14. L'achat des bâtiments ou voitures, les conventions faites avec les gens de mer, qui, jusqu'à un certain point, participent aux chances de l'expédition, leur engagement, sont aussi des actes de commerce, parce qu'ils sont les moyens d'exécu-

(1) *Traité d'économie politique*, liv. III, ch. IV.

tion du transport. Il en est de même de tous les autres contrats concernant le commerce de mer, soit qu'ils aient pour objet le louage des bâtiments, soit que, comme l'assurance ou le contrat à la grosse, ils aient pour but de garantir les expéditeurs contre les accidents du voyage.

15. Autour de ces faits principaux, achat, revente, location, transport, se groupent des faits accessoires. Les conditions d'achat, de vente, de transport, de location, se règlent rarement entre les parties intéressées, qui, étant presque toujours éloignées l'une de l'autre, ne peuvent tout faire par elles-mêmes. De là, la nécessité d'agents intermédiaires, de mandataires, d'employés qui jouent divers rôles dans l'accomplissement des faits commerciaux.

Le commerçant qui, pour l'accomplissement de ces faits, emploie un agent intermédiaire, un mandataire, fait acte de commerce : il spécule. Mais l'agent intermédiaire ou le mandataire peut ne pas faire acte de commerce, parce qu'il ne spécule pas toujours. Quand ce mandataire fait consister son industrie à s'interposer entre les vendeurs et les acheteurs, entre le propriétaire de la marchandise et celui qui se charge de la transporter, il fait acte de commerce parce qu'il spécule sur son entremise, parce qu'il agit dans l'espoir du salaire proportionnel qui sera pour lui le résultat de la conclusion d'un fait commercial, et qu'il s'associe en quelque sorte à l'opération à l'occasion de laquelle il est employé. Mais quand ce mandataire se borne à louer ses services à un commerçant, au nom duquel il agit pour l'aider dans ses travaux, alors ce mandataire, qui n'est plus qu'un commis, ne fait pas acte de commerce. Il en serait autrement si le salaire de ce commis était proportionnel aux bénéfices du commerçant qui l'emploie : dans ce cas, l'intérêt du commis, dans les spéculations de son patron, constituerait une véritable spéculation commerciale (1).

Le courtage (2), les agences d'affaires, sont donc toujours

(1) V. *inf.*, n. 955.

(2) Sur le point de savoir si les agents de change et les courtiers sont commerçants, V. *inf.* p. 959.

des actes de commerce, tandis qu'il n'en est pas toujours ainsi du louage d'ouvrages ou de services.

16. Ce n'est pas tout : une marchandise est achetée, vendue, transportée avec ou sans intermédiaire ; mais cela ne suffit pas: le vendeur veut en toucher le prix, et il faut que l'acheteur paye ce prix. Ce payement doit souvent se faire d'un lieu dans un autre; souvent aussi le payement doit se faire à terme; et cependant, avant l'échéance du terme, le vendeur a besoin, sinon des écus qui représentent ce prix, du moins de leur valeur. De là les opérations de change, les banques publiques ou privées, les billets à ordre, les lettres de change, qui remplaçent l'argent par le crédit, la monnaie métallique par le papier, et la valeur intrinsèque par la valeur nominale : admirables inventions des temps modernes ; véhicules puissants qui transportent d'un bout du monde à l'autre les richesses naturelles et créées; mais dont la modération fait la force; et qui, comme les ailes d'Icare, auxquelles Adam Smith (1) les a poétiquement comparés, abandonnent dans les airs l'ambitieux qui, s'exagérant leur puissance, s'est trop approché du soleil.

17. Tous ces actes sont commerciaux, les uns d'une manière absolue et dans tous les cas, les autres suivant qu'ils se rattachent à un acte de commerce, ou qu'ils sont faits par un commerçant. Il en est de même de toutes les obligations qui interviennent entre commerçants ; elles sont de plein droit, et, jusqu'à preuve contraire, présumées faites pour les besoins de leur commerce, et sont par conséquent réputées commerciales.

Tel est l'ensemble des faits principaux qui caractérisent et constituent l'industrie commerciale.

18. Les mêmes faits se rencontrent dans l'industrie manufacturière qui prend les produits entre les mains du producteur, pour leur faire subir une transformation quelconque par des procédés chimiques ou mécaniques et les approprier ainsi à l'usage du consommateur. En effet, le manufacturier,

(1) *Richesse des nations*, liv. II, ch. II.

comme, le commerçant proprement dit, achète, pour les revendre, les produits sur lesquels s'exerce son industrie ; cet achat et cette revente exigent l'emploi des mêmes moyens commerciaux, l'exécution des mêmes actes ; et ils sont faits, dans l'industrie manufacturière comme dans l'industrie commerciale, en vue d'un bénéfice à réaliser.

Il n'y a, à vrai dire, d'autre différence entre la première et la seconde, que celle qui résulte de ce que le commerçant vend au consommateur les produits du manufacturier, sans leur faire subir aucune transformation réelle, tandis que le manufacturier transforme, avant de les revendre, les produits qu'il a achetés. Mais il est évident que cette transformation, qui n'est qu'un nouvel élément de spéculation, ne saurait altérer le caractère commercial de l'opération, qui se résout définitivement en un achat et une revente. D'ailleurs, le travail peut être vendu comme une chose matérielle : d'où il résulte qu'appliqué à une entreprise de manufacture, il peut faire l'objet d'un commerce, ce qui fait dire avec raison à Heineccius : *Indiget alter alterius operis, nihilque certius est quam manum a manu lavari, adeoque commercia in operarum non minus quam rerum communicatione consistere* (*De jure princip. circa comm.*, § 2).

19. Et sur ce point il n'y a aucune distinction à faire entre le manufacturier proprement dit, qui opère au moyen d'ouvriers qu'il salarie, et l'artisan qui travaille lui-même et par ses propres mains les produits qu'il a achetés dans le but de les revendre avec profit après leur transformation. L'un et l'autre font le commerce, parce que l'un et l'autre spéculent sur une plus ou moins grande échelle, à la différence de l'artisan qui se borne à travailler la matière qu'on lui fournit.

Cependant les jurisconsultes italiens du seizième et du dix-septième siècle refusaient dans tous les cas à l'artisan et à son industrie la qualification cemmerciale : le manufacturier seul selon eux, faisait le commerce.

Quæritur, dit Straccha, *sunt qui merces emant, ut easdem sua opera in aliam formam redactas vendant, an mercatores dicantur? Et eos non mercatores, sed artifices nominandos puto. Quicumque*

rem comparat non ut integram et immutatam vendat, sed ut materia sibi sit aliquid operandi, ille non est negotiator (1).

« On demande si celui qui achète des marchandises pour les revendre après les avoir transformées par son propre travail, est commerçant : Je pense qu'il est *artisan* et non pas commerçant. Celui-là n'est pas commerçant qui achète une chose non pour la revendre sans lui avoir fait subir aucune modification ni transformation préalable, mais pour en faire la matière de son propre travail. »

Scaccia s'exprime dans des termes analogues : «*Quando emit ut mutata forma revendat, non retinet nomen negotiationis seu mercaturæ; sicque is non dicitur mercator seu negotiator, sed dicitur artificium et artifex* (2). »

Cette opinion, qui se refusait à voir un commerce dans la spéculation de l'artisan sur le produit qu'il avait acheté pour le revendre après l'avoir travaillé, était si généralement reçue que, suivant le témoignage d'Ansaldus, là où l'on défendait aux Juifs de se livrer au commerce, on ne leur défendait pas de manufacturer eux-mêmes : « .... *Ubi quod prohibita Hebræis mercatura, non est prohibitum reficere vestimenta ex nova materia, illaque revendere....* *Undè* (ajoute-t-il) *comprehendi non possunt sub nomine mercatorum artifices.....* (3). »

Mais, d'un autre côté, ces mêmes jurisconsultes voyaient un commerçant dans celui qui achète des marchandises pour les revendre après les avoir fait travailler par d'autres. «... *Adverte,* dit Scaccia, *quod si et sæpe mercatores merces emant easdemque* NON SUA OPERA SED ALIENA *elaborandas curent, animo forsan quæstus faciendi et causa transmittendi ad extraneas civitates, tamen etiam in eo sunt mercatores* (4). Dans ce cas, la qualité de commerçant n'était pas effacée par celle d'artisan, parce que le commerçant ne se livrait pas lui-même au travail manuel qui produisait le changement de formes : *Hujusmodi mercatoris*

(1) *De mercat.*, part. I, n. 23. Voy. aussi n. 4. *Sic*, Ansaldus, *Disc. gen.*, n. 53.
(2) *De commerc. et camb.*, § 1, quæst. 1, n. 12 et 13.
(3) *De commerc. et merc.*, *Disc. gen.*, n. 35.
(4) *Ubi sup.*, n. 13.

officium in artificium non transit : in quibus intelliges qua de causa in definitione dixerim non mutata PER SE FORMA (1). »

Comme je l'ai déjà dit, cette distinction ne doit pas être admise : l'artisan qui opère par ses mains sur la matière qu'il a achetée pour la revendre après l'avoir travaillée, fait un véritable commerce, aussi bien que le manufacturier qui fait travailler les matières par des mains étrangères, parce que, dans l'un comme dans l'autre cas, il y a spéculation, achat et revente, *quæstus faciendi causa.*

Je sais bien que, même de nos jours, l'opinion contraire a trouvé des partisans, et qu'on a prétendu que l'artisan qui travaille au fur et à mesure des commandes qui lui sont faites, ne doit pas être réputé faire acte de commerce, alors même qu'il fournit à la fois la matière et le travail. Mais je ne vois pas par quelle raison l'achat fait dans la vue d'une revente cesserait d'être un acte de commerce, parce qu'il se mêle à l'opération un nouvel élément, celui du travail personnel ou manuel de l'industriel ; et pourquoi l'artisan, dont l'industrie serait à chaque instant paralysée s'il n'achetait pas les matières qu'il confectionne pour les revendre après les avoir confectionnées, serait autorisé à faire considérer cet achat comme l'accessoire et son travail comme le principal, alors qu'en définitive son industrie consiste aussi bien à vendre les objets qu'il confectionne qu'à les confectionner.

On reconnaît que celui qui vend des objets confectionnés, non au fur et à mesure des commandes, mais d'avance, fait acte de commerce (2). N'est-ce pas faire dépendre la solution de la question d'une circonstance de temps qui ne peut changer la nature de l'opération, puisque l'artisan qui vend la chose qu'il a fabriquée avec une matière qu'il a préalablement achetée pour la revendre après la fabrication, achète pour revendre et revend en effet, aussi bien lorsque le marché porte sur une chose déjà confectionnée que sur une chose à confectionner (3) ?

(1) Straccha, *ubi sup.*, n. 26.

(2) Molinier, *Traité du droit commercial,* t. I, p. 103 et suiv.

(3) M. Bedarride, *Commentaire du Code de commerce*, t. I, n. 37 et suiv. M. Demangeat, sur Bravard, t. VI, p. 52, note 2. Voy. cependant M. Alau-

20. On doit de plus considérer comme constituant un acte commercial l'industrie de celui qui ferait travailler, par des ouviers à ses gages, des matières qui lui ont été fournies et qu'il n'a pas achetées. C'est là une véritable entreprise de manufactures, une spéculation qui a pour objet le bénéfice dont l'entrepreneur tenterait la réalisation sur les prix de main-d'œuvre : il achèterait le travail de ses ouvriers pour le revendre (1).

21. Les opérations de l'industrie manufacturière doivent donc, en général, aussi bien que celles de l'industrie commerciale, être rangées au nombre des faits commerciaux. Mais il n'en est pas absolument de même des opérations de l'industrie agricole.

J'ai dit que l'industrie agricole avait pour but d'exciter la nature à produire et de recueillir les produits tels que les offre la nature. Au premier abord, on ne voit rien de commercial dans cette industrie, parce qu'on n'aperçoit pas distinctement la spéculation qui commence par un achat pour finir par une revente. Cependant, en regardant la chose de plus près, et si l'on remarque que cette industrie ne peut présenter un profit à l'agriculteur, propriétaire ou fermier, que par la vente des produits de la terre ; que ces produits eux-mêmes sont la représentation de son travail, de celui de ses ouvriers et de ses bestiaux, des engrais et semences qu'il a dû commencer par acheter au moins la première fois qu'il a ensemencé, on est forcé de reconnaître que l'industrie agricole s'exerce au moyen d'une suite d'opérations qui, si elles ne se résolvent pas purement et simplement, comme celles de l'industrie commerciale, en un achat et une revente, semblent offrir, du moins, le même résultat que l'industrie manufacturière, c'est-à-dire, un achat

zet, *Comm. du Code de comm.*, t. IV, n 2040. Les arrêts rendus sur cette question se sont le plus ordinairement décidés suivant les circonstances. — Voy. Devilleneuve et Gilbert, *Table gén.*, v° *Commerçant*, n°s 63 et suiv., et Dalloz, *Répert.*, v° *Commerçant*, n°s 34 et suiv. Voy. aussi, dans le sens de l'opinion ci-dessus, Douai, 30 mars 1850, S., 50, 1, 482 ; Orléans, 25 juin 1850, *ibid.*, 51, 2, 13 ; Colmar, 28 mai 1850, *ibid.*, 51, 2, 487 ; et Bourges, 20 juin 1856, *ibid.*, 56, 2, 582. — V. aussi M. Beslay, *Comm. du Code de comm.*, t. I, n°s 37 et suiv.

(1) Voy. Heineccius, *loc. cit. sup.*, n. 18.

de denrées ou marchandises, pour les revendre après les avoir travaillées et mises en œuvre. Aussi on a quelquefois tenté de ranger l'agriculture au nombre des spéculations commerciales, parce que, disait-on, il n'y a aucune différence entre un laboureur qui vend le blé qu'il a recueilli et le tailleur qui vend l'habit qu'il a fait; le laboureur achetant des bœufs pour vendre du grain, comme le tailleur achète du drap pour vendre un habit (1); et parce que, disait-on encore, le fermier qui prend une terre à bail achète d'avance et en bloc ses produits futurs, pour les revendre ensuite en détail à mesure qu'il les recueillera (2).

Cependant l'opinion contraire doit prévaloir, et il faut décider que l'agriculture en elle-même n'est pas un commerce, dans l'acception juridique de ce mot. Toutefois cette règle n'est vraie que sous certaines distinctions, et à la condition de n'être pas exagérée. Si l'agriculture n'est pas un commerce, elle peut le devenir. Je m'explique.

L'agriculture est une manufacture de produits agricoles (3); mais à la différence du manufacturier ordinaire, qui reçoit les produits par voie d'échange, c'est-à-dire, qui les achète d'un précédent producteur, l'agriculteur les reçoit immédiatement des mains de la nature et sans échange préalable. Il suit de là que, lorsqu'il vend ces produits, on ne peut pas dire qu'il revend une chose qu'il a déjà achetée pour la revendre. Il est bien vrai qu'il a pu acheter la semence; mais dans cette hypothèse, lorsqu'il vend le produit, ce n'est pas à proprement parler la semence qu'il revend, c'est plutôt le produit de la terre; et si la valeur représentative de la semence figure dans la valeur totale du produit, la spéculation et le bénéfice ne portent pas sur cette valeur réprésentative, mais sur celle du produit que la nature est venue y ajouter, parce que l'agriculteur n'a pas acheté la semence comme chose qu'il pourrait revendre plus tard, mais comme moyen de se procurer un produit naturel.

Il est bien vrai aussi que l'agriculteur peut acheter des en-

(1) Toubeau, *Instit. du droit consul.*, t. I, p. 277.
(2) Id., *ibid.*, p. 399; La Thaumassière, *Décis.*, ch. VIII.
(3) J.-B. Say, *Cours d'écon. pol.*, part. II, ch. I.

grais ; mais ici encore doit se faire le même raisonnement : quand il vend sa récolte, on ne peut pas dire qu'il revend ces engrais, ni qu'il ait acheté ces engrais pour les revendre. Il en est de même des bestiaux achetés pour le labourage, et qui sont ensuite revendus. Et en supposant d'ailleurs que l'achat de la semence, des engrais, des bestiaux, fait dans ces limites, puisse avoir un caractère commercial qui lui soit propre, comme l'industrie principale, dont ces faits sont l'accessoire, n'a pas elle-même ce caractère commercial, l'accessoire perd son caractère propre pour revêtir celui du principal.

Aussi Domat, qui reconnaît que l'agriculture est un commerce, dans l'acception générale de ce mot (1), se refuse à voir dans l'agriculteur un marchand, et dans l'agriculture une opération réellement commerciale et mercantile. « La première sorte de personnes, dit-il, qui font commerce de denrées ou de marchandises, est de ceux qui, de quelque condition qu'ils soient, ont à eux et tirent de leur propre fonds, des grains, des fruits, du lin, du chanvre ou autres récoltes, ou qui ont des bestiaux dont ils tirent divers profits. Car ces personnes, sans être marchands, vendent ou font vendre ces grains, ces fruits, ces profits ; et il en est de même de ceux qui tiennent à ferme des terres ou héritages d'autres personnes, ou qui les cultivent pour une portion des fruits (2). » Une opinion analogue est émise par Straccha, qui voit dans l'agriculture un *négoce*, une spéculation, mais non pas une opération mercantile : *Negotiatores, non autem mercatores dici posse reor qui agros conducunt ipsosque colunt, et eorum opera quœstus causa huic negotio se dedunt, et in hoc se exercent* (3).

Telle est donc la règle générale : l'agriculture n'est pas un commerce proprement dit (4). Mais de ce qu'elle cons-

(1) Voy. *sup.*, n. 3.

(2) *Le droit public*, liv. I, tit. XII, sect. I, n. 5.

(3) *De mercatura*, part. I, nos 48 et suiv.

(4) La question s'est présentée de savoir si celui qui cultive des champignons dans des caves sur des couches de fumier mélangé avec de la terre, fait acte de commerce, soit en achetant le fumier dont il se sert, soit en vendant les champignons qu'il a obtenus par ce mode de culture. La négative a été

titue une spéculation, de ce qu'elle s'exerce à l'aide de ventes et d'achats, il s'ensuit que la limite qui la sépare du commerce est étroite et facile à franchir, et que si l'agriculteur ne se renferme pas strictement dans l'exploitation de ses terres et la vente de leurs produits naturels, son industrie passe aussitôt à l'état commercial.

22. C'est ce qui arrive quand la spéculation, au lieu d'avoir pour but unique ou principal, le produit naturel de la terre, s'exerce sur la modification de ce produit, qui, de quelque manière que ce soit, perd sa forme naturelle et primitive entre les mains de l'agriculteur, desquelles il ne sort que sous une forme artificielle.

Ainsi, rationnellement parlant, l'agriculture doit devenir un véritable commerce entre les mains de celui qui, au lieu de vendre le vin qu'il a récolté, le convertit en eau-de-vie, et substitue par ce moyen un produit fabriqué à un produit naturel. On peut en dire autant de celui qui, au lieu de se borner à extraire le sucre de la canne ou des betteraves qu'il a récoltées, se livre à l'industrie du raffinage : la manipulation nécessaire pour arriver à ce résultat constitue indubitablement une entreprise de manufacture. Il en est de même de celui qui achète et élève des bestiaux qu'il engraisse dans ses prairies, ou avec les foins et herbages qu'il a achetés, ou récoltés, pour spéculer ainsi à la fois et sur les produits

jugée avec raison par un arrêt de la cour d'Orléans, du 27 avril 1861 (S., 61, 2, 47). Les champignons, quel que soit le procédé de culture au moyen duquel on les obtient, sont le produit de la terre et ont le caractère d'une récolte. — On peut en dire autant du fermier d'un droit de pêche dans une rivière : il ne fait acte de commerce ni en vendant le produit de sa pêche, ni en achetant des instruments de pêche. Le poisson est le produit naturel d'une propriété foncière et immobilière ; et de même que le propriétaire d'un cours d'eau ne fait pas acte de commerce en vendant le poisson qu'il a pêché, de même aussi le fermier qu'il a mis en son lieu et place ne fait pas acte de commerce en faisant ce qu'aurait fait le propriétaire. Le fermier n'achète pas le poisson au propriétaire pour le revendre, parce que le poisson n'est approprié que par la prise qui en est faite ; il n'achète par le bail qui lui est fait que le droit de le prendre ; il se l'approprie en le prenant, et, quand il le vend, il ne revend pas une chose qu'il a achetée. Paris, 31 mai 1869, D., 70, 2, 183 ; Martin, *Code de la pêche fluviale*, n. 184. — V. cependant Toulouse, 27 juillet, 1860, D., 60. 2., 154, et S., 61. 2., 77.

de ses terres et sur les bestiaux qu'elles nourrissent (1).

Et qu'on ne dise pas que ces exceptions absorbent la règle, parce qu'il arrive rarement à l'agriculteur de vendre les produits à leur état purement naturel, et qu'au contraire, il vend le vin qu'il a fait avec les raisins, et le blé qu'il a séparé de l'épi. Le produit ne cesse pas d'être naturel, bien qu'il ait perdu sa forme première, si celle qui lui a été donnée est la plus simple, et si en même temps elle est indispensable pour sa conservation et son utilité. Fouler le raisin, battre le blé, faire sécher le foin, ce sont là des opérations qui sont la suite naturelle et en quelque sorte l'appendice de la récolte. Mais il est évident qu'on ne peut en dire autant des opérations par lesquelles on fait brûler le vin pour en extraire l'esprit, et manger le foin par des bestiaux autres que ceux qui sont nécessaires à une exploitation agricole, pour les engraisser et les vendre ensuite avec profit. Dans ces hypothèses, le produit se trouve entièrement modifié par suite d'une spéculation mercantile et l'agriculture se change en commerce (2).

Je sais bien que ces conclusions ne sont pas généralement admises ; et que, si elles sont logiques au point de vue des principes exacts et de la théorie pure, on est d'autant plus porté à les contester dans l'application, que certaines dispositions législatives, particulièrement celles qui sont relatives aux obligations fiscales imposées aux commerçants, telles que celle de payer patente, semblent les contrarier, en dispensant les cultivateurs ou agriculteurs de ces obligations. Cependant je n'en persiste pas moins à croire justes les distinctions que j'ai indiquées. De l'exemption de la patente, il n'y a rien à conclure relativement au caractère que peut en certains cas revêtir l'industrie d'un cultivateur (3). Cela est si vrai que

(1) Le contraire a été jugé par la Cour de cassation, le 7 avril 1869, D. 69. 1. 455.

(2) Alauzet, t. IV, n°s 2070 et suiv.

(3) Le Conseil d'État a même, en certains cas, assujetti les cultivateurs à la patente. Voy. Ord. 20 oct. 1819 (S., 20, 2, 69) ; 1er juillet 1839, S., 40, 2, 141. Il est vrai qu'il y a aussi des décisions contraires, spécialement pour la fabrication du sucre de betteraves. Voy. 24 août 1832, S. 33, 2, 33. Mais voy. 2 août 1838, S., 39, 2, 216. Voy. aussi *inf.*, liv. II, tit. II, ch. II, où il est parlé des patentes.

l'art. 18 de la loi de finances du 18 mai 1850 ne considère pas comme donnant lieu à l'exemption de patente prévue à l'art. 13, § 4, de la loi du 25 avril 1844, la transformation des récoltes et fruits, pratiquée au moyen d'agents chimiques, de machines ou ustensiles, autres que ceux servant aux travaux habituels de l'agriculture (1).

L'art. 32 de la même loi du 1er brumaire an VII, relatif aux fabricants et manufacturiers, après les avoir soumis à la patente, ajoute bien qu'on doit réputer *fabricants* et *manufacturiers* tous ceux qui convertissent des matières premières en des objets d'une autre forme ou qualité, soit simple, soit composée, à *l'exception néanmoins de ceux qui manipulent les fruits de leur récolte;* mais cette définition du fabricant et du manufacturier donnée au point de vue de la loi fiscale, et de l'obligation de payer patente, doit encore être restreinte à son objet; et on ne saurait, sans en exagérer la portée, lui faire produire, dans l'ordre de la loi civile et commerciale, des effets contraires à son but aussi bien qu'à la nature des choses (2).

Je me crois donc fondé à soutenir que, même au point de vue de la législation actuelle, l'agriculteur qui se place dans quelqu'une des hypothèses que j'ai énumérées, ou dans une hypothèse analogue, fait acte de commerce.

Il pourrait en être de même, suivant les circonstances, si une exploitation agricole affectait des formes commerciales, achetait à terme, émettait des billets ou des lettres de change; si le proprétaire achetait d'autres produits pour les réunir aux siens et revendre le tout ensemble (3).

Enfin l'agriculteur qui, au lieu de vendre ses produits en gros, ou par quantités relativement considérables, serait dans l'habitude de les vendre en détail, ayant en quelque sorte boutique ouverte aux acheteurs, ferait un véritable com-

(1) Voy. sur la portée de cette disposition le rapport de M. Gouin.

(2) Voy. cependant Douai, 21 juill. 1830, S., coll. nouv., vol. IX, IIme partie, p. 473. Voy. aussi Lyon, 22 nov. 1850, S., 51, 2, 191.

(3) Voy. Cass., 3 flor. an VI; Ord., 20 oct. 1819; S., coll. nouv., vol. I, 1re part., p. 94, et vol. VI, 6, IIme part., p. 145; Toulouse, 23 mai 1845, *J.-P.* 45, 2, 203; Poitiers, 7 janv. 1856, S., 56, 2, 556.

merce : on devrait voir en lui à la fois un agriculteur et un marchand ; et le marchand serait alors réputé avoir acheté en bloc de l'agriculteur les denrées qu'il revendrait en détail aux consommateurs.

Au surplus, toutes ces questions sont fort délicates, et ce n'est pas sans quelque hésitation que j'ai essayé de poser des règles, d'autant plus nécessaires aujourd'hui, que l'industrie agricole tend depuis longtemps à passer à l'état commercial. Ce n'est pas d'ailleurs un mal que l'agriculture soit considérée comme un commerce, comme une spéculation mercantile, et qu'on s'habitue à voir un commerçant dans un agriculteur : peut être alors le crédit qui fuit devant l'agriculture ne lui manquerait-il pas plus alors qu'il ne manque au commerce (1).

22 *bis*. Remarquons en terminant que les caractères constitutifs des actes de commerce étant déterminés par la loi (2), les tribunaux ont sans doute le droit de constater souverainement les faits desquels on prétend faire résulter la commercialité de certains actes ; mais que le point de savoir si les faits ainsi constatés ont ou n'ont pas le caractère d'actes de commerce, constitue une question de droit dont la solution définitive appartient à la Cour de cassation (3).

23. Je viens de passer en revue les trois industries commerciale, manufacturière et agricole, et de l'examen des moyens qu'elles emploient il est résulté que les faits caractéristiques de la spéculation commerciale se rencontrent ou peuvent se rencontrer dans l'exercice des unes ou des autres ; et qu'en définitive toutes les industries, envisagées par la jurisprudence, peuvent être des industries commerciales, et constituer le commerce proprement dit, quand elles se résolvent en achats de marchandises et de denrées pour les revendre, ou en revente de marchandises ou de denrées achetées pour être revendues.

Je dis de *marchandises* et de *denrées*, parce que, quelle que soit d'ailleurs l'industrie à laquelle on se livre, l'achat et la re-

(1) Voy., au *Moniteur* du 29 avril 1841, le discours prononcé par le ministre du commerce à la séance de la Chambre des pairs du 28.

(2) Voy. *Cod. comm.*, 632 et suiv.

(3) Voy. Cass., 29 avril 1868, D. 68. 1. 312. — Voy. *inf.*, n. 948.

vente n'ont un caractère commercial que lorsqu'ils s'appliquent à des objets de cette nature. — J'expliquerai plus tard ce qu'on doit comprendre sous la dénomination de denrées et de marchandises. Ici, je ne me suis proposé d'examiner la nature des faits commerciaux que considérés en eux-mêmes et abstraction faite des produits et des choses matérielles ou immatérielles auxquels ils s'appliquent (1).

24. J'ajouterai que dans cet examen abstrait je me suis occupé de ce qui constitue le *commerce* et non pas ce ce qui constitue le *commerçant :* je me suis attaché à décrire les faits qui donnent le caractère à l'acte, et non à exposer les conditions qui donnent la qualification à la personne. — J'expliquerai, plus tard, ce qu'on doit entendre par commerçant, quelles sont les différentes espèces de commerçants, et comment on peut faire des actes de commerce sans être commerçant (2).

25. Quant à présent, il me reste, pour terminer ces notions générales, à dire en peu de mots combien il y a d'espèces de commerce.

Envisagé sous le rapport des différents objets qu'il embrasse, le commerce se divise de lui-même en commerce de produits naturels et en commerce de produits manufacturés.

26. Envisagé sous un autre point de vue plus pratique, le commerce, en tant qu'il consiste en un achat fait dans la vue de revendre, se divise en commerce en gros et en commerce de détail, qui l'un et l'autre concourent également à mettre les produits à la portée du consommateur : le commerce en gros, en les transportant des lieux où ils abondent aux lieux où ils manquent, et dans lesquels ils sont concentrés pour ensuite être livrés au commerce de détail ; le commerce de détail en divisant ces produits par petites parcelles pour satisfaire à la demande de ceux qui en ont besoin (3).

27. Le commerce en gros se subdivise en commerce intérieur, en commerce extérieur de consommation, et en commerce extérieur de transport.

(1) V. *inf.* liv. IV, tit. I, ch. II, n°s 1382 et suiv.
(2) V. *inf.* liv. III, tit. I, n°s 947 et suiv.
(3) Smith, *Richesse des nations*, liv. II, ch. V.

Le commerce intérieur, dans lequel est compris celui qui se fait le long des côtes par le cabotage, achète les produits de l'industrie du pays, dans une partie du même pays, pour les revendre dans une autre. C'est celui dans lequel les profits, moins considérables peut-être, sont les plus certains.

Le commerce extérieur de consommation va chercher les marchandises étrangères et les importe pour être consommées dans le pays, ou exporte les marchandises du pays pour les faire consommer dans les pays étrangers ; c'est cet échange de produits respectifs de pays différents qui constitue la branche la plus importante du commerce : c'est lui qui unit ou trop souvent désunit les nations ; c'est pour lui que les gouvernements se sont fait une guerre de douanes et de tarifs, qui a semblé pendant quelque temps devoir bientôt toucher à son terme, mais que des circonstances fatales ont peut-être ranimée.

28. Le commerce extérieur de transport a pour objet le commerce des pays étrangers, en transportant leur surabondant de l'un dans l'autre. C'est lui qui a fait la haute fortune de ces peuples à qui leur heureuse position maritime a donné le moyen d'établir dans leurs ports l'entrepôt général du commerce du monde.

29. Il y a aussi le commerce de commission, qui sert d'intermédiaire entre les vendeurs et les acheteurs d'une même marchandise, et qui est un des agents les plus efficaces du commerce en gros, intérieur ou extérieur (1).

30. Enfin, on peut distinguer autant d'espèces de commerce qu'il y a d'objets auxquels il s'applique et de choses suscepti-

(1) Condillac, dans son livre inachevé sur *Le commerce et le gouvernement*, donne le nom de commerce de commission à toute espèce de commerce fait par d'autres que par le producteur de la marchandise. » Lorsque le commerce (dit-il, p. 47, et il prend ce mot dans son acception la plus générale) se fait par l'entremise des marchands, je l'appelle *commerce de commission*, parce que les marchands s'établissent commissionnaires entre les producteurs d'une part et les consommateurs de l'autre. Considérés comme marchands, ils ne sont ni colons ni manufacturiers ; ils revendent seulement ce qu'ils ont acheté. » La pire espèce de néologisme n'est pas celle qui, sous prétexte de l'insuffisance d'une langue, crée des mots nouveaux et obscurs : c'est celle qui, changeant la signification des anciens mots, confond toutes les idées reçues, et d'une seule langue en fait deux.

bles de faire l'objet d'un commerce. Ainsi il y a le commerce de banque, le commerce d'assurance, le commerce de mer...; mais ce sont là des subdivisions des principales espèces énumérées plus haut.

31. Faisons observer qu'il faut rejeter la distinction introduite par les anciens auteurs qui ont traité des matières commerciales ou économiques, entre ce qu'ils appelaient le commerce de *luxe* et le commerce d'*économie* (1). On n'a jamais bien précisé le sens exact de ces dénominations, qui paraissent signifier beaucoup plus qu'elles ne signifient en effet. « On ne fait pas exclusivement le commerce des objets de luxe, dit J.-B. Say (2); et quand on le ferait, cela ne devrait pas s'appeler le commerce de luxe, pas plus que le commerce des objets de nécessité ne devrait s'appeler commerce de nécessité. Si l'on appelle commerce d'économie l'industrie qui achète des marchandises dans l'étranger, pour les revendre dans un autre pays étranger, cela est mal nommé. Tous les commerces doivent se faire avec économie, parce qu'il convient au producteur comme au consommateur que les frais de production soient aussi modérés qu'il est possible. »

Je termine ici ces notions générales sur le commerce et les actes commerciaux : ce serait sortir de mon sujet que d'entrer dans des détails plus étendus. Ces courtes explications étaient nécessaires, mais doivent suffire pour faciliter l'intelligence de ce qui va suivre.

(1) Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. XX, chap. IV et suiv.; *Dictionn. univ. du comm.* (de 1805).

(2) *Cours d'écon. pol.*, part. II, ch. XIV.

TITRE II

DU DROIT ET DES LOIS.

CHAPITRE PREMIER

DU DROIT ET DES LOIS EN GÉNÉRAL.

Sommaire. — 32. Ce que c'est que le *droit*. — 33. Ce que c'est que la loi. — 34. Droit naturel. — 35. Droit des gens primitif. — 36. Droit des gens conventionnel, positif et secondaire ; Droit public. — 37. Droit civil ; Droit commercial. — 38. Sanction des lois et du droit. — 39. Sources et sanction du droit naturel. — 40. Sources et sanction du droit des gens primitif. — 41. Sources et sanction du droit des gens conventionnel. — 42. Sources et sanction du droit civil. — 43. Transition.

32. Le commerce, les contrats et les actes au moyen desquels il s'exerce, sont soumis à des règles d'action de même nature que celles qui gouvernent la conduite de l'homme dans ses rapports avec ses semblables, qui déterminent ce qu'il peut faire, ou ce qu'il peut empêcher de faire, règles dont l'ensemble constitue le *droit*.

33. Chacune de ces règles d'action est une *loi*.

34. Lorsque ces règles dérivent de la nature de l'homme, elles constituent le *droit naturel* ou la *loi naturelle*.

35. Lorsque le droit naturel est appliqué aux affaires des nations, il prend le nom de droit naturel secondaire; ou mieux, de *droit des gens primitif*.

36. Le droit des gens cesse d'être naturel et devient *conventionnel, positif* ou *secondaire*, lorsqu'il résulte des traités, des conventions ou des coutumes qui règlent les rapports des nations entre elles. Il prend aussi, dans ce cas, le nom de *droit public*.

37. Enfin, on donne le nom de *droit civil* à l'ensemble des lois particulières à chaque peuple : en ce sens et envisagé d'un point de vue général, le droit civil comprend le droit commercial (1).

(1) Voy. *infr.*, n. 59.

38. Toute loi, naturelle ou positive, suppose une autorité de laquelle elle émane et à laquelle on est tenu d'obéir. La loi, quand elle ordonne ou défend, doit avoir une sanction, c'est-à-dire comporter une peine contre les infracteurs.

39. Le droit naturel émane de Dieu, qui a donné à l'homme une droite raison, à l'aide de laquelle il peut sûrement distinguer le juste de l'injuste. « Toutes les fois, dit Hobbes (1), qu'on doute si ce qu'on veut faire envers les autres est conforme ou contraire au droit naturel, il faut se mettre à leur place. Car alors l'amour-propre et les passions qui faisaient fortement pencher la balance d'un côté, passant pour ainsi dire de l'autre, on verra aisément à quoi la raison nous porte. » Or la raison, ainsi dégagée de tout intérêt exclusivement personnel, porte toujours l'homme à ce qui est bon et convenable à sa nature, c'est-à-dire à ce qui est juste. En effet, la faiblesse physique de l'homme et sa force morale sont telles que, seul et isolé, il ne serait jamais capable d'exécuter ce qu'il est capable de concevoir. L'état de société, qui met en commun toutes les forces humaines, est donc la fin de l'homme, et la sociabilité sa loi : d'où il faut conclure que tout ce qui contribue à former et entretenir cette sociabilité doit être tenu pour prescrit par le droit naturel, ou réputé juste ; et que tout ce qui la trouble, au contraire, doit être aussi défendu par ce même droit, ou réputé injuste. De là les droits et les devoirs de l'homme, soit envers lui-même, soit envers les autres, qui se résument en une réciprocité de services où chacun trouve son intérêt à faire ce qui est utile aux autres.

Cette loi, qui trouve son fondement dans la nature de l'homme et dans la sociabilité, y trouve aussi sa sanction : cette sanction consiste dans le mal physique ou moral, prochain ou éloigné, mais certain et nécessaire, qui atteint ceux qui l'enfreignent ; et dans l'avantage général ou privé qui en suit l'observation, et qui en est la récompense naturelle.

40. Le droit des gens primitif, n'étant que le droit naturel appliqué aux affaires des nations, a la même force et la même

(1) *De Cive*, cap. III, § 26.

sanction que le droit naturel, puisque les lois de la sociabilité, qui régissent les hommes les uns à l'égard des autres, doivent également régir les rapports des nations, qui constituent en quelque sorte, les unes à l'égard des autres, des personnes collectives. La loi naturelle de l'homme devient alors la loi naturelle des États.

41. Quant au droit des gens conventionnel, secondaire ou positif, sa source se trouve dans les traités, les conventions ou les engagements par lesquels les États ou leurs chefs règlent leur conduite réciproque ; il peut aussi être fondé sur des coutumes généralement admises. Mais cette base est beaucoup moins sûre et peut varier au gré des passions et des intérêts.

Le droit des gens conventionnel n'a pas de sanction proprement dite, car les États souverains n'ont aucun supérieur commun qui leur dicte des traités, qui les oblige directement à les observer, et qui tienne la main à leur exécution par l'emploi de quelque moyen coercitif. La guerre ne peut être considérée comme la sanction d'un traité violé, car, par la guerre, c'est le sort qui décide et non le droit. Les prescriptions du droit des gens ne sont donc obligatoires que parce que la loi naturelle veut que l'on soit fidèle à ses engagements. Et cette obligation naturelle n'a même lieu qu'en ce qui touche le droit des gens fondé sur les traités ; quant à celui qui n'est fondé que sur des coutumes, il n'est jamais obligatoire si ces coutumes dérogent au droit naturel (1).

42. Le droit civil, qui se compose de l'ensemble des lois particulières à un peuple, a sa source immédiate dans la volonté de l'homme, puisque c'est l'homme qui a établi ces lois, et qui, en même temps, les a sanctionnées en prononçant des peines contre les infracteurs. Cependant, en examinant les choses de plus près, on trouve que le droit civil repose nécessairement sur le droit naturel, puisque le pouvoir reconnu

(1) Voy. sur le droit des gens et le droit international Martens, *Précis du droit des gens* (édit. Ch. Vergé), t. I, p. 34 et suiv. ; Wheaton, *Éléments du droit intern.*, t. I, p. 17 ; Heffter, *Droit intern. de l'Europe*, §§ 1 et suiv. ; Phillimore, *International law*, t. I, p. 14 ; Fiore, *Droit international*, t. I, p. 30 et suiv. ; Calvo, *Droit international*, t. I, p. 93 et suiv.

de faire des lois et l'obligation de les observer, sont la conséquence de l'engagement que les hommes ont pris, formellement ou tacitement, d'acquiescer aux volontés du chef ou de l'autorité entre les mains duquel ils ont remis ou laissé le pouvoir de commander; de telle sorte que le droit civil, bien qu'arbitraire en lui-même, n'est en définitive qu'une suite de cette loi inviolable de la nature qui veut que chacun tienne religieusement ce qu'il a promis.

Du reste, le droit civil n'est purement volontaire et arbitraire qu'en ce sens qu'établi par le législateur, il n'est pas immuable comme le droit naturel, et varie au contraire selon les mœurs, les caractères et les temps; mais, comme le droit naturel, il doit reposer sur la raison et sur l'équité, et n'être que le développement et l'application des lois premières de la sociabilité auxquelles il faut toujours le rapporter, et par lesquelles il faut toujours l'interpréter (1).

La justice et la vérité éternelles doivent se refléter sur les lois humaines; et si cette justice et cette vérité ont besoin d'être attempérées aux nécessités des lieux et des temps, elles ne cessent pas pour cela d'être immuables : c'est ainsi, suivant une ingénieuse comparaison de Scaccia (2), qu'un miroir reste toujours le même devant la diversité des images qu'il reproduit.

(1) « *Differt lex humana a lege naturali*, dit Scaccia..., *sicut pars a toto, rivus a fonte, genitum a generante, fundatum a fundamento, quare non ab hominum opinione, sed a naturæ decreto profluit... quia ubi contingat dubitari de intellectu alicujus legis, recurrendum est ad rationem naturalem, imo, ubi eam habemus, superfluum est quærere legem positivam.* » (*De commerc. et camb.*, quæst. VII, pars II, ampl. 19.)

(2) « *Quod etsi leges humanæ non sint eædem apud omnes, sed diversæ, imo sint variabiles, tamen (quod tibi paradoxum videtur) sunt apud omnes semper eædem et nunquam mutantur; quia sicut speculum, quamvis in eo diversæ figuræ inspiciantur, ac ex diversis objectis varientur, semper manet idem et nunquam mutatur, sed quia variantur objecta, variantur speculi repræsentationes; ita quoque omnis lex semper est justa, et in hoc adeo est eadem apud omnes atque in hoc invariabilis, ut si aliter foret, non esset lex. Sed quia varii sunt populorum mores et variantur causæ, variatur legis dispositio; sed non mutatur lex, quæ est ratio continua, æterna et semper eadem; et data hac morum varietate, et causarum variatione, variatur legis dispositio, sive lex sit humana, sive sit naturalis et divina. Non tamen lex unquam mutatur, sed mutantur res quæ lege indigent.* » (Scaccia, *ubi sup.*)

Si donc la justice des lois humaines est quelquefois moin stricte que la justice des lois naturelles, si elle est forcée de laisser entre le bien et le mal une certaine latitude dans laquelle puisse se mouvoir l'imperfection de notre nature, cette condescendance n'empêche pas la loi humaine d'être juste et conforme aux vraies lois de la sociabilité (1).

Au surplus, alors même que la loi civile et positive serait contraire aux principes de la loi naturelle, elle serait cependant obligatoire : ce serait une mauvaise loi ; mais dès lors qu'elle émanerait d'une autorité à laquelle on est tenu d'obéir, le devoir serait de s'y soumettre.

43. Voyons maintenant les rapports généraux avec le commerce du droit naturel, du droit des gens, du droit civil, et des lois dont l'ensemble constitue le droit civil.

CHAPITRE II

DU DROIT DANS SES RAPPORTS GÉNÉRAUX AVEC LE COMMERCE.

SECTION I. — DU DROIT NATUREL ET DU DROIT DES GENS.

Sommaire. — 44. Le commerce est fondé sur le droit naturel. — 45. Il constitue une obligation imparfaite, en droit naturel. — 46. Il n'y a pas lieu de distinguer entre l'achat et la vente. — 47. Le commerce est fondé sur un droit parfait quand il y a convention. — 48. Il est permis de vendre et d'acheter le plus avantageusement possible, pourvu qu'on ne trompe personne. — 49. D'après le droit naturel, le commerce est libre. — 50. Mêmes règles, suivant le droit des gens. — 51. Le commerce est une institution du droit des gens. — 52. Il constitue une obligation imparfaite, en droit des gens. — 53. Même lorsqu'il y a traité entre deux peuples, l'obligation, bien que déterminée, ne devient pas parfaite. — 54.

(1) « *Justa enim justitia servanda est in omni contractu ut licitus sit... notandum quod justitia talis non consistit in indivisibili, sed latitudinem habens... quamvis alio modo secundum legem divinam, et alio modo secundum legem humanam, ista æqualitas in latitudine custodiatur, ex quo Deus intuetur cor, per parvam distantiam a suo valore permittur. Lex vero humana in commutationibus, tantum punit, quando committitur magnus excessus, ut si aliquis deceptus fuerit plusquam dimidium.* » (Frater Hieronym. de Luca, *De cambiis*, f° 408, v° n°s 1, 2 et 3.)

La liberté du commerce entre nations est subordonnée aux traités qu'elles font entre elles. — 55. Et aux lois particulières. — 56. Transition.

44. Si l'on fait abstraction de l'état de société, pour supposer l'homme à un état primitif et sauvage, où toute choses seraient communes, le droit naturel, ou plutôt antinaturel qui alors le régirait, ne renfermerait aucun principe applicable au commerce, puisque le commerce suppose au contraire un droit de propriété sur les choses susceptibles d'appropriation, propriété dont la transmission et la communication font l'objet du commerce.

Mais si l'on considère le droit naturel comme régissant les actions de l'homme social auquel il impose le devoir, et auquel, par conséquent, il donne le droit de faire tout ce qui peut contribuer à former et à entretenir la sociabilité, qui est la fin et l'état naturel de l'homme (1), on voit que le commerce est fondé sur le droit naturel, puisqu'il est le seul moyen par lequel les hommes en société peuvent se communiquer et se transmettre les uns aux autres les choses nécessaires à la vie.

45. Le commerce est donc, pour l'homme social, le résultat d'une obligation naturelle, obligation *imparfaite*, sans doute, puisqu'on ne peut, dans l'état ordinaire des choses, forcer quelqu'un à vendre ce qu'il a, ou à acheter ce qu'il n'a pas, mais obligation qui n'en est pas moins certaine, comme conséquence et condition nécessaires de l'association des hommes. Heineccius s'est donc trompé lorsqu'il a dit que le commerce découlait, non des devoirs d'humanité et de bienfaisance, communs à tous les hommes, mais d'une obligation *parfaite* (2). Car il n'y a, à vrai dire, d'obligation parfaite que celle d'où naît un lien de droit, *vinculum juris*, qui astreint celui auquel est imposée l'obligation à faire ou à donner la chose qui en est l'objet ; et qui donne en même temps aux autres les moyens d'en exiger l'exécution : ce qui ne se rencontre pas dans l'obligation purement naturelle, et conséquem-

(1) Voy. *supr.*, n. 39.

(2) *Communicatio in qua commercium consistit, non ex humanitate et beneficentia, sed ex obligatione* perfecta, *proficiscitur.* (Heineccius. *De Jure princip. circa commerc. libertat.* § 2.)

ment dans celle qui a rapport au commerce, puisque, quelque stricte qu'elle puisse être sous le rapport de la conscience, il est de son essence de ne produire qu'un lien d'équité, *solius æquitatis vinculum*, et que, si elle oblige complétement dans le for intérieur, elle est condamnée à rester imparfaite dans le for extérieur.

46. Cependant des docteurs distinguent en ce qui touche la force de l'obligation entre l'*achat* et la *vente*. Suivant eux, de ce que les hommes sont obligés de s'assister mutuellement, et de contribuer à la perfection et au bonheur de leurs semblables, il résulte que c'est un *devoir* pour ceux qui ont du superflu de le vendre à juste prix à ceux qui manquent du nécessaire, et un *droit* pour ceux qui manquent du nécessaire d'acheter ce superflu; tandis que, chacun étant libre d'acheter une chose à vendre de l'un plutôt que de l'autre, et même de ne la pas acheter, personne ne pourrait prétendre au *droit* de vendre à qui ne voudrait pas acheter (1). Dans ce système, il y aurait quelque chose de plus réel et de plus certain dans le droit d'acheter que dans le droit de vendre; bien mieux, il y aurait un droit d'acheter et il n'y aurait pas un droit de vendre.

Cette distinction ne me paraît pas admissible. Le droit d'acheter suppose la volonté de vendre, de même que le droit de vendre suppose la volonté d'acheter; et si ces deux volontés ne sont pas plus susceptibles d'être imposées à celui qui se refuse à vendre qu'à celui qui ne veut pas acheter, je ne vois pas comment on pourrait établir, entre le droit d'acheter et le droit de vendre, une différence en faveur du premier de ces droits. Comme il ne saurait y avoir de vendeur sans acheteur, et que le concours de deux volontés égales est nécessaire, il n'y a pas moyen de mettre l'une de ces volontés au-dessus de l'autre, même au point de vue de la théorie la plus abstraite, puisque cette théorie ne saurait diriger ni les inspirations de la conscience, ni les actions extérieures. Car toute vente se résume en un échange qui suppose, chez les deux parties, un besoin égal de la chose qu'elles reçoivent en échange de ce

(1) Grotius, liv. II, ch. II, §§ 19 et 20; Puffendorf, liv. III, ch. III, §§ 11 et 12; Vattel, *Droit des gens*, liv. I, ch. VIII, §§ 88 et 89.

qu'elles donnent. Les deux contractants sont donc, en réalité, l'un et l'autre, et à la fois, vendeur et acheteur : égalité de position qui doit dès lors produire égalité de droits.

Remarquons au surplus que ces mêmes docteurs, tout en mettant le droit d'acheter au-dessus du droit de vendre, sont obligés de reconnaître que le droit d'acheter constitue lui-même un droit imparfait (1), qui n'est soutenu par aucun moyen coercitif, de telle sorte qu'en définitive l'opposition qui se trouve entre leur système et l'opinion que j'ai cru devoir adopter, existe plutôt dans les mots que dans les choses.

47. Donc, en principe, le droit d'acheter et de vendre, ou, ce qui revient au même, de faire le commerce, ne peut pas être considéré comme un droit parfait, ni donner naissance à une obligation parfaite : il faut, pour qu'il en soit autrement, que le droit ou l'obligation ne résultent pas seulement des prescriptions de la loi naturelle, mais d'une convention expresse d'homme à homme qui vient alors réaliser le vœu de la nature.

48. De ce que le commerce est la conséquence d'une obligation naturelle, qui ne va pas jusqu'à imposer aux hommes le devoir de vendre, alors qu'ils ne trouvent aucun avantage à vendre, parce qu'il est conforme au droit naturel de chercher son propre avantage avant celui des autres quand on n'agit pas avec l'intention de nuire, il suit qu'on peut, sans pour cela se mettre en opposition avec les préceptes de la loi naturelle, vendre, et réciproquement acheter le plus avantageusement qu'il est possible, pourvu qu'on ne trompe personne à l'égard du fond même de la chose; et qu'on peut refuser de vendre aux autres les choses dont ils ont besoin, lorsqu'on n'y trouve pas son compte (2). Les contrats dont se composent les opérations commerciales sont essentiellement intéressés, et chacun de ceux qui y prennent part est fondé à rechercher d'abord et principalement son bénéfice personnel.

(1) Voy. surtout Vattel, *ubi sup.*, § 91.

(2) Grotius, *Droit de la guerre et de la paix*, liv. II, ch. II, §§ 10 et 20; Puffendorf, *Droit de la nature et des gens*, liv. III, ch. III, §§ 11 et 12.

49. Mais si personne ne peut être contraint à vendre ou à acheter, il est permis à chacun de chercher à vendre ou à acheter : cette faculté résulte du besoin que les hommes ont de faire le commerce. En droit naturel, le commerce est donc essentiellement libre.

50. Ce que le droit naturel impose aux hommes par rapport au commerce, est également imposé aux nations par le droit des gens, qui n'est autre chose que le droit naturel appliqué aux affaires des nations (1). De même donc que le droit naturel oblige les hommes comme individus, de même le droit des gens oblige les hommes réunis en corps de nations et les individualités collectives ; de sorte qu'en principe, il y a pour les États, les nations et les peuples divers, droit et devoir de se vendre réciproquement les objets qui leur sont nécessaires.

51. De là cette conséquence que le commerce est une institution du droit des gens ou du droit naturel des nations; non parce que, ainsi que l'ont pensé certains jurisconsultes qui ont pris l'effet pour la cause, il est admis par toutes les nations (2), mais parce qu'il a son fondement dans le droit naturel et qu'il est le résultat des obligations qui découlent de la sociabilité. C'est pour cela qu'il a été admis par toutes les nations, qui ont dû nécessairement trouver leur intérêt à obéir à des lois conformes à la nature de l'homme et au maintien de la société (3).

Cependant, des docteurs ont prétendu que le commerce n'est du droit des gens qu'autant qu'on ferait consister ce droit dans les coutumes générales qui viennent des mœurs corrompues du genre humain, parce que, suivant eux, la nécessité, la diversité et la multiplication des commerces, sont la conséquence des vices et de leur accroissement perpé-

(1) Voy. *supr.*, n. 35.

(2) Scaccia, entre autres, *De commerc. et camb.*, § 1, quæst. 1, n[os] 67 et 68 ; et quæst. 6, n[os] 4 et 5.

(3) « *Necessarium cum sit*, dit Stipmann, *in omni civitate aliquid vendi et aliquid emi, ideo quod quibus respublica indiget, non omnia domi nascuntur, huic necessitati mercatura subvenit;* IDEO, *ab omnibus gentibus recepta est.* » (*Tract. de jure marit. et naut.*, cap. II, n. 46.)

tuel (1). Mais, comme le fait remarquer avec raison Barbeyrac (2), la question ainsi envisagée est plutôt du ressort de la théologie que du ressort de la jurisprudence. Il peut être permis au théologien qui se renferme dans les textes de la Genèse, de rejeter en dehors du droit naturel toutes les institutions qui ne se fussent pas établies si l'homme eût persévéré dans son état d'innocence originelle. Mais pour le jurisconsulte qui prend les hommes tels qu'ils sont, il suffit que, dans l'état des choses, le commerce soit nécessaire, pour qu'il soit conforme à la raison et à la loi naturelle des nations.

52. Au surplus, les obligations qui naissent du commerce, suivant le droit naturel ou le droit des gens, sont les mêmes pour les nations que pour les individus, en ce sens que de même que le commerce n'est un devoir pour les hommes qu'autant qu'ils y trouvent leur compte, de même aussi les nations, bien qu'obligées en principe à observer les unes envers les autres les lois de la sociabilité, peuvent cependant faire de préférence le commerce avec celles qui leur offrent le plus d'avantages, et conséquemment ne pas le faire avec celles qui ne leur offriraient pas en retour un avantage équivalent à celui qu'elles en reçoivent.

53. Le commerce est donc le résultat d'une obligation imparfaite, aussi bien pour les nations que pour les individus (3). Et de même que les individus peuvent, par des conventions, acquérir un droit parfait au commerce des uns avec les autres, de même aussi les nations peuvent, par des traités, acquérir un droit, sinon absolument parfait, du moins positif et déterminé, au commerce extérieur et international. Je dis que ce droit n'est pas absolument parfait, bien que cette qualification lui soit accordée par des auteurs, notamment par Vattel (4), parce que, ainsi qu'on l'a déjà vu (5), le droit

(1) Thomasius, *De jure statuum imperii dandæ civitatis*, § 14, et *De pretio affectionis in res fungibiles non cadente*, cap. I, § 5.

(2) Sur Puffendorf, liv. V, ch. I, § 1.

(3) Voy. Heffter, § 33.

(4) Liv. I, ch. VIII, § 93. Voy. aussi Martens, *Précis du droit des gens*, § 140.

(5) Voy. *supr.*, n. 41.

des gens conventionnel n'a pas de sanction proprement dite, les États souverains n'ayant aucun supérieur commun qui les oblige directement à observer les traités faits entre eux, et qui tienne la main à leur exécution. Mais il est déterminé et positif en ce sens qu'il n'a plus son fondement dans une obligation purement naturelle et dans une bienveillance réciproque, mais dans des engagements formels qui déterminent l'obligation en la limitant, et auxquels on ne peut manquer sans violer la foi promise (1).

54. Non-seulement il est permis à deux ou à plusieurs peuples de s'entendre pour faire entre eux le commerce, mais encore ils peuvent s'interdire, dans un intérêt commun, de le faire avec d'autres peuples. Mais là s'arrête leur droit : et ils ne pourraient pas interdire à deux peuples, non parties au traité, de faire entre eux tel commerce qu'ils jugent convenable, ni s'y opposer par quelque moyen que ce soit. Il est éternellement vrai qu'on n'est soi-même parfaitement libre, qu'à la condition de respecter la liberté des autres (2).

La liberté du commerce entre nations est donc subordonnée aux traités qu'elles font entre elles.

55. Les lois particulières et intérieures d'un peuple peuvent aussi limiter la liberté du commerce, sans pour cela se mettre en opposition avec les principes du droit naturel. Personne ne peut réclamer pour soi-même une indépendance absolue qui serait une tyrannie pour les autres ; et Montesquieu a été beaucoup moins paradoxal qu'il ne le paraît au premier abord, lorsqu'il a dit que la liberté du commerce n'est pas une faculté accordée aux négociants de faire ce qu'ils veulent, et que ce serait bien plutôt sa servitude (3). Ces principes trouveront plus tard leur application.

56. Les rapports commerciaux qui existent entre les hommes sont aussi réglés par les lois particulières, qui sup-

(1) Voy. Pinheiro Ferreira, sur Martens, *note* 66, dont on peut approuver les conclusions sans en adopter les motifs.

(2) Voy. Martens, *ubi sup*. Voy. aussi Calvo, *Droit international*, t. I, n. 300.

(3) *Esprit des lois*, liv. XX, ch. XII.

plécent au droit naturel et en développent les principes, ou parfois les modifient pour les adapter aux nécessités résultant des circonstances.

Ces lois particulières constituent le droit civil, dont il va être question.

SECTION II. — DU DROIT CIVIL.

SOMMAIRE. — 57. Ce que c'est que le droit civil en général. — 58. Droit civil proprement dit. — 59. Droit commercial. — 60. Origine du droit civil et du droit commercial. — 61. Leurs progrès. — 62. Caractères et objet du droit commercial. — 63. Rapport du droit commercial et du droit civil. — 64. Transition.

57. Le droit civil (je l'ai déjà dit) est la collection ou l'ensemble des lois particulières à chaque peuple. Envisagé à un point de vue général, il embrasse tous les rapports des citoyens entre eux, et comprend ainsi le droit commercial.

58. A un point de vue plus restreint, le droit civil est la collection des lois qui règlent l'état des personnes, leurs biens, et les contrats dont les personnes et les biens peuvent être l'objet, mais seulement en ce qui concerne les besoins de la vie civile ou les rapports de la famille, abstraction faite des modifications qui naissent des transactions spéciales ou des intérêts nouveaux que produisent les opérations commerciales.

59. Le droit commercial est donc une branche du droit civil; et il se compose de l'ensemble des lois destinées à régler les rapports et les contrats particuliers qui naissent du commerce.

60. Le droit civil et le droit commercial, aujourd'hui complétement séparés, bien que quelquefois ils puissent se rapprocher, se rencontrer et se confondre, n'ont pas dû originairement être distincts l'un de l'autre. Le commerce se réduit, dans sa plus simple expression, à l'échange que deux personnes font de leur superflu pour se procurer le nécessaire (1); or, si je ne me trompe, tel a été le premier contrat qui est intervenu entre les hommes. La première loi a eu pour objet de régler les conditions de ce contrat; et cette loi est restée

(1) Voy. *supr.*, n. 4.

la seule, à la fois civile et commerciale, tant que, dans l'état de simplicité qui caractérise les sociétés naissantes, chacun se bornait à se procurer par voie d'échange ce qui lui était nécessaire, et rien de plus, en donnant en retour ce qui lui était inutile.

61. Mais avec le temps, et quand les premiers éléments des sociétés se furent peu à peu compliqués d'intérêts nouveaux; quand les hommes, ne se bornant plus à satisfaire les besoins de chaque jour, songèrent aux besoins de l'avenir; quand la division du travail eut donné naissance à l'industrie commerciale, alors les intérêts commerciaux se distinguèrent des intérêts civils, et les uns et les autres se trouvèrent régis par des principes différents et un droit particulier. A partir de ce moment, il y eut un droit civil proprement dit et un droit commercial, dont l'origine était commune, mais auxquels leur objet spécial imprima un caractère différent.

Plus la civilisation a marché, et plus le commerce a fait des progrès, plus aussi les différences qui séparaient le droit commercial et le droit civil sont devenues profondes, sans cependant que les analogies qui unissaient l'un à l'autre aient jamais disparu. Toutefois, dans ce progrès commun de la civilisation et du commerce, non-seulement les lois commerciales se sont développées et accrues en importance, mais cet accroissement a réagi sur le droit civil lui-même, dans le domaine duquel elles ont empiété; tellement qu'il y a aujourd'hui une tendance marquée à faire dominer les lois civiles, dans leurs dispositions principales, par les lois du commerce et de l'industrie.

Il est aussi à remarquer que, partout où le commerce et ses lois se sont largement développés, la nécessité de lois civiles plus complètes et plus détaillés s'est en même temps fait sentir, parce que le commerce, suivant la remarque de Montesquieu (1), introduit dans le même pays différentes sortes de peuples, un grand nombre de conventions, d'espèces de biens et de manières d'acquérir : phénomène remarquable qui avait déjà frappé Platon à une époque où le commerce et les rap-

(1) *Esprit des lois*, liv. XX, ch. XVIII.

ports qu'il établit entre les hommes et les peuples, étaient loin d'avoir acquis les développements auxquels ils sont parvenus dans les temps modernes (1).

Cependant des publicistes se sont élevés, même de nos jours, contre ce qu'ils ont appelé la complication des lois ; on a trouvé les lois confuses et trop détaillées (2). Sans songer qu'une société dont les ressorts sont compliqués ne peut se contenter de lois simples, on a semblé vouloir quelquefois, au milieu du concours des intérêts qui, se croisant en tous sens, rendent si difficile à reconnaître la trace du juste et de l'injuste, substituer des principes généraux à des règles exactes qui descendent des principes aux conséquences. C'est là une grande erreur. Les lois ne sont pas faites pour les rares esprits dont la pénétration n'est jamais en défaut, qui voient toujours juste et qui, le principe posé, embrassent d'un coup d'œil toutes ses conséquences. Elles sont faites, au contraire, pour les plus nombreux et les moins éclairés ; pour ceux qui, loin de pouvoir guider les autres, ont besoin d'être guidés. Il faut donc des lois qui viennent à leur secours, et non des lois au secours desquelles ils soient obligés de venir. Sans doute l'excès de détails dans une loi peut dégénérer en obscurité. Mais il y a un juste milieu entre cet excès et une brièveté qui, laissant d'immenses lacunes, expose les parties à tous les inconvénients qui peuvent naître de la diversité des opinions.

Si cela est vrai des lois civiles ordinaires, cela est vrai aussi des lois commerciales, qui doivent être d'autant plus claires, d'autant plus précises, que ceux qu'elles régissent sont habituellement étrangers aux principes généraux du droit, et que les juges qui les appliquent ont toujours un certain penchant à s'écarter des termes de la loi pour se laisser conduire par les lueurs incertaines d'une équité plus ou moins arbitraire (3).

62. La loi civile, dit Montesquieu (4), est le *palladium* de la

(1) *Lois de Platon*, liv. VIII.

(2) Voy. entre autres J.-B. Say, *Traité d'écon. polit.*, liv. I, ch. XIII, et *Cours d'écon. polit.*, part. IV, ch. II.

(3) Voy. *infr.*, n. 83.

(4) *Esprit des lois*, liv. XXVI, ch. XV.

propriété. On peut dire de la loi commerciale qu'elle est le *palladium* du crédit, sans lequel il n'y a pas de commerce possible. Le crédit, qui est la confiance qu'une personne accorde à une autre à qui elle fait l'avance d'une somme, d'une valeur ou d'une chose dont elle ne doit recevoir que plus tard la restitution ou la contre-valeur, équivaut à un capital, puisqu'il donne à celui qui n'a pas de capital les moyens de s'en procurer, ou qu'il lui permet d'agir sans capital comme s'il en avait un, ou enfin qu'il donne à celui qui n'a qu'un petit capital le moyen d'agir comme s'il en avait un beaucoup plus considérable. Pas de commerce sans capitaux; donc pas de commerce sans crédit.

La confiance qui sert de base au crédit, reposant sur la certitude acquise à celui envers lequel une obligation est contractée, que cette obligation sera remplie, au terme fixé, par celui qui s'est obligé, il en résulte que le but principal des lois commerciales est de combiner les choses de telle sorte que cette confiance ne soit jamais trompée, ou qu'elle ne soit jamais trompée impunément.

De là les lois qui, tout en simplifiant les formes des contrats, de manière à ce qu'ils soient promptement conclus, assurent en même temps leur exécution, soit en exigeant rigoureusement le payement à l'époque fixée, soit en permettant de contraindre par corps le débiteur, soit en suspendant par l'état de faillite l'exercice de ses droits; — de là les lois qui facilitent le cautionnement sous plusieurs formes, au moyen des effets de commerce et de la solidarité, et le nantissement au moyen des dépôts et des commissionnaires; — de là celles qui, en protégeant les associations de crédit ou de capitaux, permettent à plusieurs réunis de faire plus que chacun isolément n'eût pu faire; — de là les lois sur les transports de marchandises par terre ou par eau, et sur les assurances, qui, en garantissant les objets transportés contre les risques du voyage, donnent au commerçant les moyens de spéculer et de s'obliger sur les valeurs qui ne sont pas encore entre ses mains; — de là enfin celles qui, en abrégeant les formalités de procédure, et en rapprochant l'issue du procès de son début, em-

pêchent que les commerçants qui ont tout intérêt à connaître leurs forces ne restent longtemps incertains sur l'étendue de leurs droits ou de leurs obligations.

63. Les lois influent donc puissamment sur le commerce; et cette influence appartient non-seulement aux lois commerciales, mais encore aux lois civiles, dont l'objet principal est l'état général de la société, et qui réagissent par conséquent sur le commerce, qui est un des éléments des relations sociales (1).

Les lois civiles influent encore sur le commerce à un autre titre, comme supplément des lois commerciales. La loi civile étant la règle générale des actions des citoyens d'un État, et la loi commerciale n'étant que la règle particulière de certaines actions, on doit reconnaître en principe que dans tous les cas où la loi particulière se tait, la loi générale, ou le droit commun, reprend son empire. « *Casus omissus in statuto mercatorum*, dit Roccus (2), *remanet sub dispositione juris communis.* » Ce principe est consacré et reconnu par la loi commerciale et par la loi civile elle-même, puisqu'on voit la première se référer, dans un grand nombre de cas, au droit commun dont la seconde est l'expression, et que celle-ci, dans plus d'une circonstance, s'est crue obligée d'avertir qu'elle n'entend pas déroger aux lois particulières du commerce.

Mais, dans la pratique, ce principe soulève les plus sérieuses difficultés, parce qu'il n'est pas toujours facile de reconnaître, soit le silence de la loi commerciale, soit l'applicabilité de la loi civile; et il est soumis à plus d'une exception, à raison de la nature toute particulière des actes commerciaux.

Les questions qui peuvent naître, soit de son application,

(1) Dans un traité sur le commerce, publié en 1669, un auteur anglais, le chevalier Josias Child, comparant le commerce de l'Angleterre et celui de la Hollande, met au nombre des causes de la prospérité du commerce hollandais, les lois sur l'égalité des partages, et la publicité des hypothèques et des ventes d'immeubles par la transcription, avantages législatifs dont la république des Provinces-Unies jouissait peut-être seule à cette époque. Voy. p. 58 et 67 de la traduction française publiée à Amsterdam, en 1754.

(2) *Responsa legalia de mercatura*, centur. 1, resp. 6, n. 3; et resp. 10, n. 13. — Voy., dans le même sens, Heineccius, *Elem. jur. camb.*, cap. 1, § 15.

soit des rapports nombreux et variés du droit civil et du droit commercial, trouveront leur place dans la suite de cet ouvrage, dont leur examen est un des objets principaux.

64. Occupons-nous maintenant des *lois* dont l'ensemble constitue, suivant leur caractère particulier, le droit civil et le droit commercial.

CHAPITRE III

DES LOIS, ET SPÉCIALEMENT DES LOIS COMMERCIALES. — COMMENT LES LOIS SONT ÉTABLIES, PROMULGUÉES, ABROGÉES. — EFFET RÉTROACTIF. — SOURCES DES LOIS. — LEUR APPLICATION.

Sommaire. — 65. Ce que c'est que la loi. — 66. Différentes sortes de lois. — 67. Lois préceptives, prohibitives, permissives et pénales. — 68. En quoi consiste la peine d'une infraction. Nullité. — 69. Dommages-intérêts. — 70. Comment les lois deviennent obligatoires. Sanction ; promulgation. — 71. Empêchements de force majeure. — 72. Chacun est présumé connaître la loi et en comprendre le sens. — 73. La loi oblige-t-elle celui qui en a la connaissance de fait ? — 74. La loi qui n'est connue que de fait peut-elle être exécutée ? — 75. Abrogation des lois. — 76. La loi n'a pas d'effet rétroactif. — 77... A moins de disposition contraire. — 78... Ou qu'il s'agisse d'une loi interprétative.— 79. La loi rectificative ou corrective n'a pas d'effet rétroactif. — 80. Effet rétroactif de la loi qui consacre une règle antérieure. — 81. Effet rétroactif sur les faits non accomplis. — 82. Sources des lois ; codes et lois particulières. — 83. Autorité des coutumes et usages commerciaux. — 84. Le juge peut-il substituer l'équité à la loi ?

65. La loi est une règle d'action commune à tous les hommes, ou seulement aux citoyens d'un État particulier, établie par une autorité à laquelle on est tenu d'obéir (1).

66. De là deux espèces de lois : les unes naturelles, établies par Dieu même, qui résultent de la nature des choses, et dont l'ensemble constitue le droit naturel (2) ; et les lois humainse ou arbitraires, qui sont établies par la puissance souveraine de chaque État, et dont l'ensemble constitue le droit civil dans son acception la plus générale.

(1) *Lex nihil aliud est quam commune præceptum*. Ansaldus, *De commercio*, discurs. 41, n. 30.

(2) Voy. *supr.*, nos 33 et suiv.

Les lois, et spécialement les lois commerciales, peuvent, comme le droit qu'elles expriment, être envisagées sous un triple aspect : quant aux rapports commerciaux qui existent entre deux États; quant aux rapports qui existent entre un État et les citoyens de cet État, et quant aux rapports qui existent entre les citoyens d'un même État.

Les premières tiennent au droit des gens ou international, et règlent la position des étrangers et leurs droits dans l'État, les douanes, la navigation. Les secondes ont pour objet la police du commerce dans l'État, les conditions fiscales et les impôts particuliers auxquels sont soumis le commerce ou les commerçants. Les troisièmes déterminent la capacité des personnes ou des choses, et les formes ou les conditions des contrats dont les personnes ou les choses peuvent être l'objet : ces dernières lois peuvent donc aussi se diviser en lois *personnelles* et en lois *réelles*.

67. Sous le rapport du but qu'elles se proposent, on distingue quatre espèces de lois : les lois ont toutes pour but de commander, de défendre, de permettre ou de punir ; elles sont donc *préceptives*, *prohibitives*, *permissives* ou *pénales* (1).

Des publicistes ont cependant prétendu qu'il était de l'essence de toute loi d'imposer une obligation, soit de faire, soit de ne pas faire ; de telle sorte que, selon eux, la simple *permission* doit être exclue des lois proprement dites (2).

Mais c'est une erreur, car il y a des lois qui accordent privativement certains droits et certains priviléges particuliers, et qui sont, conséquemment, des lois permissives. Et en supposant que l'obligation soit de l'essence de toutes les lois, cela n'empêcherait pas qu'il n'y ait des lois dont l'objet principal serait de permettre, car toute permission de faire une chose emporte en même temps pour les autres obligations de la laisser faire (3). « De même, dit sur ce point un publi-

(1) *Legis virtus hæc est imperare, vetare, permittere, punire.* L. VII, ff. *De reg. jur.*

(2) Voy. Puffendorf, *Droit de la nature et des gens*, liv. I, ch. VI, § 5.

(3) Grotius, *Droit de guerre et de paix*, liv. I, ch. I, § 17, n. 3. — Barbeyrac, sur Puffendorf, *loc. cit.* — Wolff, *Principes du droit naturel*, liv. VIII, ch. V, n. 7.

ciste anglais, que les bornes qui séparent mon champ d'avec celui de mon voisin, marquent aussi bien l'étendue du champ de mon voisin que celle du mien, de même le *droit obligatoire*, qui détermine les actions ordonnées ou défendues, étant une fois posé, il s'ensuit nécessairement un *droit de simple permission*, qui a pour objet toutes les autres actions sur lesquelles le législateur n'a rien prescrit avec autorité, et qu'il permet par conséquent de faire ou de ne pas faire, comme on le trouvera bon (1). »

D'autres, sans nier qu'il puisse y avoir des lois permissives, les considèrent comme moins puissantes que les lois prohibitives : « *Fortior est dispositio legis prohibitivæ,* dit Scaccia, § 1, quæst. 1, n. 7, *quam permissivæ, et ideo præcepta negativa obligant semper et pro semper ; affirmativa autem non ita pro semper... et negativa magis negat quam affirmativa affirmat, nam affirmativa verificatur in primo actu, sed negativa intelligitur in infinitum.* » Mais cela est plus subtil qu'exact, car si la défense subsiste toujours et s'applique à l'infini à tous les actes qu'elle défend, il en est de même de la permission, lorsqu'il s'agit d'un acte qui est de nature à se répéter, et d'un droit qui ne s'épuise pas par le premier usage qui en est fait (2).

Les lois qui établissent des incapacités, relativement aux personnes ou aux choses ; qui défendent en certains cas et à certaines personnes l'exercice d'un droit ou d'une faculté, par exemple de faire le commerce ; qui prohibent la vente de certaines choses, sont des lois *prohibitives*. Celles qui obligent directement à faire une chose, par exemple qui veulent que les commerçants tiennent registre de leurs opérations ; ou qui règlent les formalités à observer dans l'exercice d'un droit ou d'une faculté, par exemple qui décrivent les énonciations nécessaires d'une lettre de change ou d'une police d'assurance, sont des lois *préceptives*. Celles qui concèdent à une personne une faculté qu'elles dénient à une autre, par

(1) J. Selden, *De jure natur. et gent. secund. Hebræos*, lib. I, cap. IX, p. 52.

(2) Voy. *infr.*, n. 73.

exemple qui accordent le droit privatif de faire certain commerce ; celles qui établissent des degrés de préférence entre certaines créances ; celles qui autorisent certains actes sous certaines conditions, par exemple l'intervention d'un payeur au lieu et place d'un débiteur qui ne paye pas, sont des lois *permissives*. Enfin, celles qui sanctionnent par des peines les préceptes ou les prohibitions de la loi, et qui assurent l'effet des permissions légales en punissant ceux qui mettent obstacle à l'accomplissement des choses qu'elle prescrit ou qu'elle permet, sont des lois *pénales*.

68. Il est à remarquer, quant à cette dernière espèce de lois, que la peine ne consiste pas toujours dans une punition proprement dite infligée au contrevenant ; souvent le législateur se borne à sanctionner sa loi en prononçant la nullité des actes qui lui sont contraires. Mais souvent aussi il ne prononce pas cette nullité ; et comme toute loi suppose une sanction spéciale, on s'est demandé si on ne devait pas considérer comme nul tout acte fait contrairement à la prohibition ou au précepte de la loi.

On est porté, au premier abord, à se prononcer pour l'affirmative; il semble qu'une chose faite contrairement à la prohibition de la loi ne puisse avoir aucune valeur légale, et qu'un acte dans la confection duquel n'ont pas été observés les préceptes de la loi est pareillement nul, car les préceptes de la loi ne doivent pas avoir moins de force que ses défenses, et l'*omission* peut être aussi coupable que l'*action*. C'est sur ces principes que reposait une constitution des empereurs Théodose et Valentinien (1), qui prononçait d'une manière formelle la nullité des actes contraires à une loi prohibitive, nullité que certains interprètes avaient étendue jusqu'aux actes contraires aux lois préceptives (2).

(1) *Cod.*, lib. I, tit. XIV, *De legib.*, lib. V : *Quoad omnes etiam legum interpretationes tam veteres quam novellas, trahi generaliter imperamus : ut legislatori quod fieri non vult, tantum prohibuisse sufficiat; cætera quasi expressa ex legis liceat voluntate colligere : hoc est ut ea quæ lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur; licet legislator fieri prohibuerit tantum, nec specialiter dixerit, inutile esse debere quod factum est.*

(2) Voy. Vinnius, *Selectæ juris quæst.*, lib. I, ch. I.

Mais en examinant les choses de plus près, on voit que cette théorie qui, même en droit romain, comportait quelques exceptions (1), ne saurait être admise d'une manière générale et absolue. La loi, prohibitive dans ses termes, peut ne pas l'être dans son esprit; la nullité d'un acte, fait malgré la défense de la loi, peut avoir des conséquences plus désastreuses que l'existence de l'acte même (2) ; les préceptes de la loi peuvent avoir une importance tellement secondaire, que la nullité de l'acte dans lequel ils ont été omis constituerait une peine dont la gravité serait hors de proportion avec la gravité de la faute. Annuler tous les actes contraires à la loi serait donc s'exposer non-seulement à commettre des injustices, mais encore à se mettre en opposition directe avec la volonté du législateur et les véritables intérêts de la société. Il faut donc décider que les actes faits contre la prohibition de la loi, ou dans lesquels les formes prescrites par la loi n'ont pas été observées, ne sont pas nécessairement nuls. C'est ce qui résulte du système général de notre législation française, qui a formellement rejeté la règle admise en droit romain, formulée d'abord dans le projet du titre préliminaire du Code civil (3), et qui, dans l'art. 1030 du Code de procédure, a posé une règle diamétralement contraire, en défendant aux juges de déclarer nul aucun exploit ou acte de procédure dont la nullité ne serait pas formellement prononcée par la loi.

Toutefois, la nullité des actes contraires aux prohibitions ou aux prescriptions de la loi doit être déclarée par les juges, bien que non prononcée par le législateur, dans tous les cas où la disposition prohibitive ou préceptive de la loi est *substantielle* ou *intrinsèque*, ou *d'ordre public;* et encore, dans le cas où, s'agissant d'une formalité, cette formalité est *constitutive* ou *essentielle*, c'est-à-dire indispensable pour que

(1) Voy. Vinnius, *ibid.*

(2) Puffendorf, *Droit de la nature et des gens*, liv. III, ch. VII, § 6. — Grotius, *Droit de guerre et de paix*, liv. II, ch. x, § 16.

(3) C'était l'art. 9 du tit. IV d'un *livre préliminaire*, dont quelques dispositions seulement ont subsisté et ont formé le *titre préliminaire* actuel du Code civil. Voy., sur cet art. 9, les *Observat. du trib. de cassation sur le projet du Code civil*, p. 7.

l'acte atteigne le but que s'est proposé le législateur (1).

L'application de ces règles a donné lieu à des difficultés fort nombreuses, qu'on a essayé de résoudre à l'aide de distinctions plus ou moins justes, mais dont la solution, dépendant souvent des circonstances, ne me paraît pas pouvoir se rattacher à une théorie stable et uniforme (2).

69. Remarquons au surplus que, même lorsque la nullité d'un acte contraire à la loi ne peut pas être prononcée, la loi qui le défend ne reste pas pour cela sans sanction ; car celui qui a causé un dommage par un acte illicite ou irrégulier doit toujours être condamné à le réparer : c'est là une sanction pénale commune à toutes les lois. Et si l'on voulait supposer, dit M. Toullier (3), que l'infraction à une défense ne cause aucun dommage, il en résulterait que, la défense étant inutile, la loi n'aurait pas besoin de sanction.

70. La loi naturelle, fondée sur la raison et l'équité, ne dépendant ni des temps ni des lieux, n'est jamais présumée inconnue. Les lois civiles, au contraire, bien qu'elles doivent être justes et raisonnables, sont cependant arbitraires et faites en considération des faits, des mœurs, des caractères et des époques. Il suit de là que, n'étant pas naturellement connues, elles ne peuvent devenir exécutoires et obligatoires que lorsque l'exécution en a été ordonnée par l'autorité suprême, et qu'ensuite elles ont été portées à la connaissance de ceux qu'elles régissent. Mais comme il n'est pas possible de donner connaissance de la loi à chaque citoyen individuellement, on a dû chercher un moyen qui la fît connaître à tous ceux qui veulent s'en instruire, par un ensemble de formalités telles que leur accomplissement autorisât à la présumer généralement connue.

En France, sous le régime monarchique, les lois deviennent exécutoires par la sanction, qui consiste dans le mandat adressé par le chef de l'État aux autorités chargées de tenir la main à leur exécution, et dans le seing qu'il y appose au moment où il en fixe la date.

(1) Voy. Sirey, t. XVI, 2, 25. — M. Toullier, t. VII, n. 480.

(2) Voy. sur les nullités, Zachariæ (éd. Massé et Vergé), t. I, § 45 ; et MM. Aubry et Rau, t. I, § 37.

(3) *Ubi supr.*, n. 492.

Elles deviennent obligatoires par la promulgation qui en est faite au moyen de leur insertion au *Bulletin des lois*, et aussitôt que cette promulgation est réputée connue. La loi et sa promulgation sont réputées connues dans le département de la résidence du gouvernement un jour après que le *Bulletin des lois* a été reçu de l'imprimerie nationale par le ministre de la justice, qui constate sur un registre l'époque de la réception ; et dans chacun des autres départements après l'expiration du même délai, augmenté d'autant de jours qu'il y a de fois dix myriamètres de distance entre la ville où la promulgation en a été faite et le chef-lieu de chaque département, suivant le tableau des distances annexé à l'arrêté du 25 thermidor an XI (1). Dans les cas et dans les lieux où le gouvernement juge

(1) Charte const., art. 22 ; Cod. civ., art. 1 ; ord. 27 nov. 1816. — Voy. aussi la Constitution de 1848, art. 57, et la Constitution du 14 janvier 1852, art. 10. — Une nouvelle forme de promulgation des lois a été établie par un décret du gouvernement de la défense nationale en date des 5-11 novembre 1870, ayant pour but, d'après son préambule, de prévenir les difficultés que pouvait faire naître le mode antérieur de promulgation des lois et décrets et d'établir, d'une manière certaine, l'époque où les actes législatifs sont obligatoires. — Aux termes de l'art. 1er de ce décret, la promulgation des lois et des décrets résultera à l'avenir de leur insertion au journal officiel, lequel à cet égard remplacera le Bulletin des lois. Néanmoins le Bulletin des lois continue à être publié, et l'insertion qui y est faite des actes non insérés au journal officiel en opère promulgation.

L'art. 2 ajoute que les lois et les décrets sont obligatoires à Paris, un jour franc après la promulgation, et partout ailleurs dans l'étendue de chaque arrondissement, un jour franc après que le journal officiel qui les contient est parvenu au chef-lieu de cet arrondissement. Le gouvernement peut d'ailleurs, par une disposition spéciale, ordonner l'exécution immédiate d'un décret.

L'art. 3 recommande aux préfets et sous-préfets de prendre les mesures nécessaires pour que les actes législatifs soient imprimés et affichés partout où besoin sera. Toutefois aux termes de l'art. 4, les tribunaux et les autorités administratives peuvent, selon les circonstances, accueillir l'exception d'ignorance alléguée par les contrevenants, si la contravention a eu lieu dans le délai de trois jours francs à partir de la promulgation. — Des doutes et des divergences s'étant manifestés sur le point de savoir si ce décret était toujours en vigueur, une circulaire du ministre de l'intérieur du 2 octobre 1871 (S., 72, 3, 117) constate que ses dispositions n'ont pas été abrogées, et qu'elles doivent continuer à recevoir leur application. — Deux décrets transitoires ont été rendus sur la même matière par la délégation du gouvernement de la Défense nationale à Tours. Le premier en date des 13 septembre-5 octobre 1870, rendu à Tours, et antérieur au décret des 5-11 no-

convenable de hâter l'exécution des lois, elles sont exécutoires et obligatoires du jour où elles sont parvenues au préfet, qui en constate la réception sur un registre, et qui est incontinent tenu de prendre un arrêté par lequel il ordonne qu'elles seront affichées partout où besoin sera (1).

1. Lorsque les formalités prescrites sont remplies, la loi oblige, parce que chacun est présumé en avoir pris connaissance. Alors, personne ne serait reçu, pour s'excuser des infractions qu'il aurait commises, à alléguer une ignorance de fait qui se trouverait contredite par une connaissance de droit. Cependant si un obstacle imprévu et de force majeure empêchait les communications entre le lieu où la loi a été promulguée, et les lieux où elle doit être exécutée, la règle générale qui répute la loi connue dans chaque département, après un certain délai calculé suivant la distance, cesserait d'être applicable, et ce serait au gouvernement à y pourvoir, en fixant un délai spécial pour le cas particulier. « L'évaluation des distances, disait le premier consul à la séance du Conseil d'État, le 14 thermidor an XI, doit être fixée par un règlement. Cette mesure laisse au gouvernement la faculté de modifier la détermination des distances, toutes les fois que les obstacles naturels, comme un débordement de rivière, la chute d'un pont, ou d'autres causes semblables, intercepteraient les communications ordinaires (2). »

vembre 1870, porte que le dépôt à la préfecture d'Indre-et-Loire des décrets qui seront rendus par le membre représentant du gouvernement de la Défense nationale équivaudra au dépôt au ministère de la justice ordonné par la loi pour les actes officiels. — Le second, rendu également à Tours, postérieur au décret du 5-11 novembre et destiné à en régler l'application dans les départements pendant l'interruption des communications avec Paris assiégé et investi, porte que, tant que les communications ne seront pas rétablies avec Paris et le gouvernement de la Défense nationale, l'insertion au Moniteur universel remplacera, pour la publication et la promulgation des lois dans les départements, l'insertion au Journal officiel. — Voy. D. 70. 4. 101, 111 et 130.

(1) Ord. 27 novembre 1816, art. 4 ; ord. 18 janvier 1817, art. 1. — Voy. sur la force obligatoire des anciennes ordonnances royales et des décrets impériaux, l'avis du Conseil d'État des 12-25 prairial an XIII, et Zachariæ, t. I, § 25.

(2) Voy. les décrets transitoires des 13 sept- 5 oct. 1870 et 5-11 nov. suiv. cités p. 55 note 1.

72. Non-seulement chacun est réputé connaître la loi, mais encore chacun est présumé la comprendre : il n'est pas plus permis d'en ignorer le sens que d'en ignorer les termes. *Generale est quod ignorantia juris neminem excusat* (1). Cette règle souffre, il est vrai, quelques exceptions sur lesquelles j'aurai à m'expliquer plus tard en traitant *des contrats* (2). Quant à présent, je me bornerai à faire remarquer que l'insertion des lois dans un bulletin spécial est utile non-seulement comme moyen d'en faire connaître le texte, mais encore comme moyen d'assurer la pureté de ce texte, et de lever les doutes que feraient naître les variantes qui ne manqueraient pas de se produire, s'il n'y avait un texte officiel auquel chacun est tenu de s'en rapporter. On sait les difficultés vraiment insolubles qui, avant cette heureuse innovation (3), naissaient de l'incertitude des textes. C'est ainsi, pour citer un exemple qui se rapporte aux matières commerciales, que l'omission d'une virgule dans quelques éditions de l'édit de 1563, sur l'établissement et la compétence des juges-consuls, a fait décider, pendant plus de deux siècles, que les veuves des marchands ne pouvaient être assignées devant les juges-consuls pour fait du commerce de leurs maris, qu'autant qu'elles étaient elles-mêmes marchandes publiques (4); bien que le sens naturel de l'édit fût que les femmes devaient être assignées devant les consuls, comme veuves de marchands, et, en cette seule qualité, sans qu'il fût nécessaire qu'elles exerçassent personnellement le commerce (5).

73. C'est un point controversé que celui de savoir si la loi, qui n'a pas encore acquis le degré voulu de publicité légale par la promulgation et le laps de temps réglé, oblige cependant les particuliers qui la connaissent *de fait*; ou, du moins, si ces particuliers peuvent, par leur consentement, lui donner,

(1) Ansaldus, *De commercio*, disc. 48, n. 8.

(2) Voy. Zachariæ, t. I, § 26.

(3) Décret du 14 frim. an II.

(4) Voy. Bornier, sur l'art. 16 du tit. XII de l'ordonn. de 1673; Nicodème, *Exercices des commerçants*, p. 6.

(5) Voy. l'arrêt de Cassation du 20 frim. an XIII; Devill. et Car., coll. nouv., vol. II, 1, 36.

en ce qui les concerne, un effet qu'elle n'a pas encore par elle-même.

Sur la première question, je pense que la loi n'oblige que lorsqu'elle est réputée connue, et que la connaissance de fait ne peut seule produire aucun lien. « *Non promulgatam sane legem non obligare*, dit Voët (1), *sic apud omnes in confesso est, ut, ne illi quidem obligati censendi sunt qui eam jam compositam prope diem publicandam non ignoscunt, cum ita evenerit legem non omnes æqualiter obstringere, ac singulos pro sua quemque legis sanciendæ scientia vel ignorantia diverso jure uti.* »

Cependant certains docteurs, tout en admettant ces principes, ne leur accordent pas toutes leurs conséquences.

Ansaldus, entre autres (2), se demande si la loi oblige les particuliers qui la connaissent, avant d'avoir été publiée et avant l'expiration du délai de deux mois, à partir de sa publication, prescrit par la novelle 66 qui était suivie en Italie à l'époque où il écrivait : « *An Bannimenta ligent subditos ante illorum publicationem, posito quod subditi habuerint illorum notitiam ; et an adhuc expectandus sit terminus duorum mensium.* » Et il répond qu'en règle générale, la loi non encore publiée, mais seulement arrêtée dans les conseils du législateur, n'oblige pas celui qui en a connaissance, parce que le législateur peut changer d'avis et ne pas donner suite à sa loi : « *Si solummodo qui habuerit notitiam legis edendæ, sive jam editæ in camera, sed non adhuc publice in curia vel alibi patefactæ, tunc profecto simplex scientia non inducit obligationem, cum potuerit etiam princeps pœnitere.* » Mais il ajoute qu'il faut excepter de cette règle générale le cas où celui qui connaît une loi, non encore publiée ou promulguée, peut, en ne s'y conformant pas, causer frauduleusement préjudice à un tiers : alors, dit-il, la loi oblige celui qui la connaît, et s'il s'y soustrait, il est tenu à des dommages-intérêts envers la partie lésée par la non-observation de la loi : « *Quando data scientia, concurreret quoque fraus in alterius detrimentum, qui tunc etiam non secutu publicatione compellitur sciens refundere parti læsæ esti-*

(1) *In Pandectas*, lib. I, tit. III, n. 10.
(2) *De commercio*, disc. 33, n. 37 et suiv.

mationem et interesse. » Et il cite pour exemple, d'après Bartole (1), Farinacius (2), Menochius (3) et autres docteurs, celui qui, ayant connaissance d'une loi non promulguée, fixant le prix du blé, s'empresse d'en vendre, moyennant un prix plus élevé, à un acheteur qui ignore la loi nouvelle; celui qui fait un dépôt ou un payement en espèces qu'il sait être démonétisées par une loi non promulguée: et il décide que le vendeur est tenu de restituer le prix et l'intérêt du prix; que le déposant ne peut se prévaloir du dépôt, et que le debiteur ne s'est pas libéré. « *Qui notitiam habens de lege facta, non tamen promulgata, quod frumentum viliori pretio vendatur, statim suum frumentum emptori non certiorato de lege promulganda, majori pretio vendidit..... Prout etiam habemus in proposito reprobationis monetarum ; nam si quis ejusdem reprobationis notitiam habuerit, nec depositum ab eo factum suffragatur, nec solutio debitoris apta est ad illum liberandum : imo solvens et sciens tenetur ad interesse.* »

Je ne saurais partager cette manière de voir qui repose sur une confusion entre les conséquences propres à la fraude, et celles de la loi non promulguée.

En effet, en principe, et c'est là ce qui ne paraît pas contestable, la loi n'est obligatoire que lorsqu'elle est promulguée. La promulgation, dit M. Portalis (4), est la voix vive du législateur. Sans doute, avant sa promulgation, la loi est parfaite, relativement à l'autorité dont elle est l'ouvrage; mais elle n'est point encore obligatoire pour les sujets (5), parce que, avant sa promulgation, la loi est une lettre morte; c'est la promulgation qui lui donne la vie et la met en action. Il suit de là que l'annulation d'un acte contraire à une loi non promulguée, ou

(1) *In L. Contra legem*, ff. *De act, empt.*

(2) *In Fragment.*, litt. C, n. 647.

(3) *De arbit.*, lib. II, cas. 181, n°s 20 et seqq.

(4) Exposé des motifs du titre préliminaire du Code civil.

(5) Voy. *ibid.* — C'ést ce que Ansaldus, lui-même, exprime fort bien : *Lex, Bannum, Edictum profluens ab habente potestatem condendi jura in suo dominio, ad sui formam essentialem non requirit aliquam promulgationem, sed tantummodo publicatio se habet ad effectum videlicet obligandi subditos, ne alias sub justo motivo ignorantiæ excusentur, idque sapit formam potius ejusdem legis accidentalem.* (Disc. 33, n°s 2 et 3.)

condamné par elle, ne peut jamais être la conséquence directe de la disposition de la loi à laquelle il n'était pas encore donné de produire obligation. Mais comme le dol et la fraude font exception à toutes les règles, si l'acte contraire à cette loi est en même temps frauduleux, il sera nul comme frauduleux, et il est manifeste qu'il ne pourra être protégé contre les résultats du dol, par cette considération qu'une loi non promulguée entre dans les éléments du dol qui l'entache. Donc, sans examiner ici si dans les exemples proposés la vente est susceptible d'être annulée, le dépôt d'être inefficace, le payement d'être non libératoire, il suffit que ces actes ne puissent être annulés par application de la loi non promulguée, à laquelle ils sont contraires, pour qu'il soit vrai de dire que jamais une loi non promulguée n'est obligatoire, et qu'on se trompe en prenant pour l'effet d'une loi, qui n'en pouvait encore produire aucun, des nullités qui procéderaient d'une tout autre cause.

Ce que je dis ici de la loi non promulguée est également vrai de la loi promulguée, tant que le délai qui doit se trouver entre sa promulgation et son exécution ne s'est pas encore écoulé. Celui qui sait que la loi est publiée ou promulguée, n'est point lié par cette loi que le laps de temps voulu n'a pas rendue obligatoire. Dans un cas comme dans l'autre, les mêmes raisons conduisent aux mêmes conséquences. La promulgation d'ailleurs n'est parfaite et accomplie que lorsque le laps de temps voulu pour que la connaissance de la loi soit légalement parvenue à ceux qui doivent l'observer s'est écoulé depuis sa publication.. Ansaldus (1) est encore d'un avis contraire, mais comme il ne l'appuie d'aucune raison particulière, je me crois dispensé de m'arrêter plus longtemps sur ce point.

74. Je passe maintenant à la seconde question, qui est de savoir si les particuliers qui ne sont pas obligés par la loi à laquelle la promulgation et le laps de temps réglé n'ont pas

(1) *Ubi supr.*

encore donné le degré voulu de publicité légale, peuvent du moins, en ce qui les concerne, lui donner par leur volonté un effet qu'elle n'a pas encore par elle-même.

L'affirmative de la question a été énoncée dans la discussion du Code civil au Conseil d'État, comme ne devant faire aucune difficulté, du moins quant à la loi déjà promulguée. Pourquoi, disait le consul Cambacérès, à la séance du 4 thermidor an IX, priver celui qui vit dans un département où la loi est connue (de fait) de la faculté d'en user? — Le ministre de la justice ajoutait que les tribunaux avaient reconnu en principe que la loi, dans les matières civiles, peut être exécutoire du moment qu'elle est connue, et qu'ils admettaient les actes dans lesquels une des parties déclarait stipuler d'après une loi promulguée, mais non encore envoyée à l'administration (1). Et M. Portalis disait, dans l'exposé des motifs du titre préliminaire du Code civil, que la notoriété de fait rendait l'exécution facultative.

Mais je crois, avec M. Merlin (2), que cette doctrine, énoncée généralement et sans distinction, est loin d'être exacte.

Elle est exacte quant aux lois purement prohibitives, car il est évident que chacun peut s'abstenir en tout temps d'une action qui n'est pas légalement défendue.

Quant aux lois préceptives et permissives, il faut distinguer.

Si la loi ordonne ou permet une chose qui n'a d'intérêt que pour celui à qui elle ordonne ou permet, en d'autres termes, si la loi ne peut porter préjudice aux tiers, il n'y a pas de raison pour que celui qui a de la loi une connaissance de fait, doive s'abstenir de ce qu'elle ordonne ou de ce qu'elle permet. Mais si cette exécution est de nature à nuire aux tiers, comme on ne peut leur opposer une loi qui ne les oblige pas, tant qu'elle n'a pas acquis le degré voulu de publicité légale, il est manifeste que la notoriété de fait ne saurait en autoriser la mise à exécution.

(1) Avant le Code civil, l'envoi de la loi aux autorités constituées était un des éléments de la publicité légale.

(2) *Répert.*, v° *Lois*, § 5, n. 10.

75. La loi, devenue obligatoire, oblige tant qu'elle subsiste; elle subsiste tant qu'elle n'est pas abrogée. La loi est abrogée soit expressément, soit tacitement : expressément quand une loi postérieure prononce littéralement l'abrogation d'une loi antérieure; tacitement, quand cette abrogation résulte virtuellement de la disposition d'une loi postérieure contraire à celle d'une loi antérieure (1).

Il y a un mode très-vicieux d'abrogation, qui n'est ni tout à fait exprès ni tout à fait tacite : c'est l'abrogation qui a lieu au moyen d'une formule générale, contenue dans l'article final de beaucoup de lois nouvelles, auquel on fait dire « que les dispositions des lois antérieures contraires à la présente loi sont abrogées ». Cette formule dit trop ou trop peu. Elle dit trop, si elle a en vue les dispositions contraires à la loi nouvelle, qui sont abrogées nécessairement par les dispositions avec lesquelles elles ne peuvent se concilier : elle dit trop peu, si elle a en vue les dispositions particulières auxquelles elle entend plus spécialement substituer les nouvelles.

76. De ce que les lois ne deviennent exécutoires et obligatoires qu'autant qu'elles ont été promulguées, et après le laps de temps voulu pour qu'elles aient acquis le degré suffisant de publicité légale, il en résulte, à plus forte raison, que les lois ne peuvent agir sur le passé. La loi, dit le Code civil (2), ne dispose que pour l'avenir : elle n'a point d'effet rétroactif. *Leges et constitutiones certum est dare formam negotiis, non ad facta præterita revocari* (3). Elle saisit donc les personnes et les choses au moment où la force lui est donnée, et reste sans influence sur les faits antérieurs. « Loin de nous, disait éloquemment M. Portalis au Corps législatif, l'idée de ces lois à deux faces qui, ayant sans cesse un œil sur le passé et l'autre sur l'avenir, dessécheraient la source de la confiance, et deviendraient un principe éternel d'injustice, de bouleversement et de désordre. »

77. Mais si la loi, par elle-même et par sa propre force, ne

(1) Voy. Zachariæ, t. I, § 27.
(2) Art. 2.
(3) L. VII, au Code, *De legibus*.

peut pas, en règle générale, rétroagir, ce n'est pas une raison pour que la loi qui, en termes exprès, *nominatim* (1), étendrait son empire sur le passé, ne dût pas être obéie et appliquée. Il n'appartient ni aux parties ni aux tribunaux de juger la loi : le devoir des uns et l'office des autres est de s'y soumettre et de l'appliquer (2).

Remarquons cependant qu'on ne devrait pas facilement attribuer au législateur l'intention de rétroagir; et que des termes obscurs ou ambigus devraient être interprétés dans un sens conforme aux principes que la loi est toujours présumée respecter, plutôt que dans un sens qui leur serait contraire. Ainsi, de ce que la loi parlerait *au passé,* au lieu d'employer le *présent* ou le *futur*, on ne serait pas fondé à en conclure qu'elle s'attribue un effet rétroactif : « *Etiam si verbum ambiguum appositum sit*, dit Perezius (3), *veluti si lex ita loquatur :* Si quis fecerit. »

78. Cependant, le principe qui refuse aux lois tout effet rétroactif, comme tous les principes généraux, est soumis à plusieurs exceptions dont il est quelquefois assez difficile de déterminer la portée.

Il y a exception au principe de la non-rétroactivité, lorsqu'il s'agit d'une loi interprétative, c'est-à-dire d'une loi qui ne fait que déclarer le sens dans lequel une loi antérieure doit être entendue (4). Et à vrai dire, dans ce cas, c'est moins la loi nouvelle qui a un effet rétroactif que la loi antérieure à laquelle on restitue l'effet qu'elle aurait toujours dû produire, et dont elle n'était privée que par une fausse entente qui, au fond, ne pouvait nuire à son autorité.

79. Mais il n'en est pas de même des lois simplement rectificatives ou correctives : la rectification ou la correction n'a d'effet que pour l'avenir, et les erreurs de la loi antérieure subsistent pour le passé. On a, il est vrai, prétendu le contraire (5), mais c'est à tort. Car, ainsi que le dit avec grande raison M. Mer-

(1) Voy. liv. VII, au Code, *De legibus*.

(2) Discuss. au Conseil d'État, séance du 24 frim. an X. Merlin, *Repert.*, v° *Effet rétroactif,* section II.

(3) Sur la loi 7, au Code déjà cité.

(4) Voy. Merlin, *Répert.*, v° *Effet rétroactif,* sect. III, § 13.

(5) Voy. Cass., 3 août 1812, S. coll. nouv., vol. IV, 1, 162.

lin (1), ou l'erreur n'existe que dans l'expédition de la loi, et n'est que l'effet de la méprise d'un copiste, ou elle existe dans le fond même de la loi, et c'est le législateur lui-même qui l'a commise. Au premier cas, la loi, ayant été publiée telle qu'elle a été expédiée, ne peut être obligatoire que telle qu'elle est publiée, et doit servir de règle jusqu'à ce qu'elle ait été rectifiée. Dans le second cas, il en est de même, puisque l'erreur commise par la loi ne saurait lui ôter sa force, et qu'elle demeure obligatoire tant qu'elle n'est pas réformée.

80. Une autre exception au principe de la non-rétroactivité est relative aux lois qui ne font que proclamer des règles ou des maximes précédemment admises comme raison écrite. « Quoique les lois arbitraires, dit Domat (2), n'aient leur effet que pour l'avenir, si ce qu'elles ordonnent se trouve conforme au droit naturel ou à quelque loi arbitraire qui soit en usage, elles ont, à l'égard du passé, l'effet que peuvent leur donner leur conformité et leur rapport au droit naturel et aux anciennes règles. » C'est ainsi que, le 1er août 1815, la Cour de cassation a cassé un arrêt de la Cour de Paris, qui avait refusé d'appliquer à la revendication de marchandises volées ou perdues avant le Code civil, et vendues ensuite par un marchand à un autre marchand, qui les avait achetées de bonne foi, l'art. 2280 du Code, d'après lequel la revendication doit être admise, en remboursant à l'acheteur de bonne foi le prix qu'il a payé à son vendeur : « Attendu, porte cet arrêt, que la disposition de l'art. 2280 n'étant que la répétition des anciens principes constamment suivis en matière de revendication de la chose volée ou perdue, la circonstance que la négociation dont il s'agit était antérieure à la promulgation du Code civil, ne saurait être dans l'espèce un obstacle à l'application dudit article (3). »

81. Il est une dernière exception, plus importante que les autres, qui embrasse un grand nombre de cas, et dont l'application a donné naissance aux difficultés les plus fréquentes, et

(1) *Ubi supr.*
(2) *Traité des lois*, ch. XII.
(3) S. coll. nouv., vol. V, 1, 81.

en même temps les plus graves : c'est celle qui a pour objet les *faits non accomplis*, au moment de la promulgation de la loi nouvelle, *negotia adhuc pendentia*. La loi nouvelle les saisit au moment où elle succède à la loi ancienne et les régit, bien qu'ils aient commencé à se manifester ou qu'ils trouvent leur principe sous l'empire de cette ancienne loi. Telle était la disposition formelle de la loi 7 au Code, déjà citée. « *Leges et constitutiones certum est dare formam negotiis, non ad facta præterita revocari, nisi....* ADHUC PENDENTIBUS NEGOTIIS *cautum sit.* » On doit entendre par *faits non accomplis* ceux desquels ne résulte pas un *droit acquis*, car il est évident que le principe de la non-rétroactivité n'est établi que pour mettre à l'abri des atteintes que le caprice du législateur pourrait leur porter, les droits actuellement acquis aux individus, et que les droits encore éventuels, et qui ne sont qu'une espérance, restent dans le domaine de la loi, précisément parce qu'ils ne sont qu'une espérance et qu'une éventualité, et que le propre des espérances et des éventualités est de pouvoir ne pas se réaliser. On entend par droits acquis, ceux qui sont entrés dans notre domaine, qui en font partie, et que ne peut plus nous ôter celui duquel nous les tenons (1). C'est à ces derniers que s'applique la règle qui refuse à la loi tout effet rétroactif, parce qu'il est manifeste que si celui de qui nous tenons un droit ne peut plus nous l'ôter, la loi ne saurait avoir justement un pouvoir plus étendu (2).

Je dois me borner ici à poser ces principes généraux dont l'application se fera plus tard à mesure que se présenteront les matières dans lesquelles peuvent naître des questions d'effet rétroactif.

82. Dans notre législation française, les lois commerciales, comme les lois civiles proprement dites, sont déposées dans les codes, dans les lois particulières qui leur servent de complément, et dans les ordonnances faites pour leur application.

Le Code de commerce est la loi générale du commerce

(1) Merlin, *Répert.*, v° *Effet rétroactif*, § 3, n. 3.

(2) Voy. sur l'effet rétroactif des lois, Zachariæ, t. I, § 28, et MM. Aubry et Rau, t. I, § 30.

français. Mais ce Code est loin d'être complet, surtout en ce qui touche le commerce maritime; et même, dans un grand nombre de cas, il faut chercher, soit dans des lois particulières, soit dans d'autres Codes, les dispositions qu'il semblerait devoir contenir. Cet état de choses qui crée, ainsi que j'ai eu l'occasion de le dire, de nombreuses dificultés, a été formelement reconnu, je dirais presque consacré, par un avis du Conseil d'Etat, donné le 13 décembre 1811, à une époque où ce corps avait en quelque sorte la puissance législative. Cet avis porte que « les tribunaux doivent juger les questions particulières qui se présentent, suivant leur conviction, d'après les termes et l'esprit du Code, et, en cas de silence de sa part, d'après le droit commun et les usages du commerce. »

Il vaudrait mieux sans doute que toutes les lois commerciales, ou applicables au commerce, fussent réunies en un seul corps, de manière à se suffire à elles-mêmes. Mais c'est ici une rude tâche; le législateur n'a pas osé l'entreprendre, et il a laissé aux jurisconsultes le soin de chercher à l'accomplir.

83. L'avis du Conseil d'Etat que je viens de citer reconnaît aussi une certaine autorité à la coutume commerciale. Mais ni cet avis, ni aucune loi ne détermine d'une manière suffisante l'étendue et les limites de cette autorité, qui flotte ainsi dans un vague légal dont je vais essayer de la faire sortir.

L'usage ou la coutume est l'habitude de faire une chose d'une certaine manière. Les premières coutumes commerciales sont nées au moyen âge, en Italie, au moment de la renaissance du commerce, d'où elles se sont répandues dans le reste de l'Europe commerçante. Quand furent inventées la lettre de change, les sociétés de commerce, les assurances et les autres contrats commerciaux, la coutume dut d'abord en régler les formes et les effets, d'après leur objet et leur but, et en même temps modifier, suivant les besoins du commerce, les contrats qu'il empruntait au droit civil. Il fut alors naturel de donner à la coutume une autorité sur les conventions que la loi n'avait pas pu prévoir. Aussi voit-on chez les anciens auteurs italiens une tendance à faire prévaloir en principe la

coutume des marchands sur les règles du droit civil (1).

Mais on ne tarda pas à s'apercevoir des inconvénients de la coutume, que la mobilité et la diversité des faits dont l'enchaînement la constitue empêchent d'être fixe et certaine. On en vint bientôt à disputer sur ses caractères, sur celui des actes qui servaient à l'établir, leur fréquence, leur uniformité (2), toutes choses qu'il est plus aisé de déterminer en théorie qu'en pratique. On reconnut que la coutume était difficile à prouver, parce qu'elle était, disait-on, tantôt blanche et tantôt noire (3). D'un autre côté, les coutumes locales se trouvèrent en opposition les unes avec les autres (4); et il y a lieu de croire qu'il en résulta une confusion à laquelle il parut nécessaire de porter remède, puisqu'on voit des auteurs chercher à prouver que la coutume ne peut être établie entre commerçants que par l'autorité à laquelle appartient la puissance législative (5); tempérament qui, tout en enlevant à la coutume son principal caractère, qui est d'être fondée plutôt en fait qu'en droit, et sans l'intervention du pouvoir législatif (6), devait avoir pour résultat de diminuer l'autorité des coutumes que chacun cherchait à faire prévaloir dans son intérêt particulier, et d'en rendre l'introduction beaucoup plus difficile.

(1) *Mercatorum stilus et consuetudo prævalere debet juri communi.* Voy. Casaregis, Straccha, Roccus, les *Décisions de la Rote de Gênes*, le Portugais Santerna et autres, *passim*.

(2) Voy. *Décis. de la Rote de Gênes*, décis. 19, n. 1, 5, 7, 9, 10 et 11.

(3) *Consuetudo est difficillimæ probationis, quia modo est alba, modo nigra.* (*Rote de Gênes*, *ibid.*)

(4) Santerna, *De assecur.*, part. III, n. 7.

(5) *Unum tamen non omitto quod ut dicatur consuetudo inter ipsos mercatores, oportet quod sit introducta ab habentibus potestatem statuendi circà illud de quo est consuetudo, aliter non dicitur consuetudo. Oportet quidem quod sit introducta ab eo qui habet potestatem condendi legem.* (Santerna, *De assecur.*, part. III, n. 3, et les auteurs qu'il cite.)

(6) *Principes*, dit la *Rote de Gênes*, décis. 19, n. 5, *consuetudinem probare nequeunt, tum quia consuetudo non est in principis potestate : Imperator potest consuetudinem tollere, non facere ; tum etiam quia consuetudo universalis ab unius potestate non dependet, quia consuetudo non est actus hominis, sed hominum.* — Voy. aussi Straccha, *Quomodo in causis mercat. proced. sit*, n. 9.

Un remède plus efficace consista dans les statuts que les marchands de chaque cité, réunis en corporation (*collegium*), avaient le droit d'établir, et qui étaient obligatoires seulement entre marchands et pour faits de marchandise. Ces statuts, auxquels on reconnaissait la force de déroger au droit commun et local pourvu qu'ils ne fussent pas contraires au droit naturel, étaient, à proprement parler, des conventions qui n'avaient d'effet qu'entre les membres de la corporation, et qui ne pouvaient être opposées aux tiers (1). Comme ils résumaient la coutume commerciale, ils la fixaient en quelque sorte, ce qui explique la faveur dont ils jouissaient et l'importance que chacun y attachait.

Mais de là naquirent d'autres inconvénients : le conflit entre la coutume et le statut, et le conflit entre les statuts; et encore le conflit entre la coutume et le statut dont se prévalait un commerçant, et le droit commun que seul voulait reconnaître le non-commerçant. Les livres des anciens docteurs sont pleins de règles sur les distinctions à faire suivant les divers cas qui pouvaient se présenter, et les solutions très-diverses qu'ils pouvaient recevoir (2).

Aussi, même en Italie, là où la coutume avait pris naissance, tout en lui accordant beaucoup d'autorité, on était si peu d'accord sur l'étendue de cette autorité, qu'on voit un auteur, Roccus, émettre sur le même point deux avis différents, et dire tantôt que la coutume devait être observée bien qu'elle

(1) *Num mercatorum collegia*, dit Straccha, *jus proprium sibi possint constituere ? In quo juris articulo receptum est posse, et quidem rectè. Quæ enim licita collegia inter collegiatos statuere, rata sunt. Sed hæc intelligenda sunt, ut statuere possint in his in quibus jurisdictionem, pertinentibusque ad mercaturam et ipsos mercatores, non autem in his quæ remota sunt ab eorum officiis et professione : exempli loco, si super hæreditatibus decernerent. Idem si dicta statuta communi juri seu municipali, quod civitas sibi constituisset, contradicerent, dummodo jus divinum vel naturale non improbarent, servanda tamen inter eos sunt. Hoc enim jure et ipsi mercatores et eorum hæredes utuntur : alii vero uti non astringuntur. Cujus rei illa ratio redditur, quia talia statuta conventiones dicuntur.* (*Quomodo in causis mercatorum procedendum sit*, n. 8.)

(2) Voy. notamment Straccha, *Quomodo in causis mercatorum procedendum sit*, n. 9 et seqq. — Voy. aussi Heineccius, *Elem. jur. camb.*, cap. I, § 15.

fût contraire à la loi, *etiam contra juris dispositionem* (1); tantôt qu'elle ne doit être observée que si elle n'est pas contraire à une loi expresse, *dummodo à lege expressâ non reprobetur* (2).

La coutume commerciale, qui n'a jamais été admise sans contestation, même aux époques et dans les lieux où les lois commerciales étaient beaucoup moins précises qu'elles ne le sont aujourd'hui et dont l'application n'était alors ni sans inconvénients ni sans dangers, doit-elle être admise aujourd'hui sans examen, alors que les dangers de son application seraient plus réels et plus grands, et qu'en l'opposant à la loi, et en élevant puissance contre puissance, on s'exposerait à des conflits perpétuels ? Je ne saurais le croire.

D'abord, en ce qui concerne les lois prohibitives, il est manifeste que l'usage ne saurait permettre ce qu'elles défendent. Si la loi défend spécialement une chose, c'est qu'elle entend que cette chose ne soit pas faite.

Il doit en être de même des lois préceptives ou impératives, et des lois permissives. Car si les premières imposent en certains cas des obligations ou règlent la forme de tels ou tels actes, c'est qu'elles veulent que ces obligations soient accomplies en temps et lieu, et que ces formes soient observées : ce serait singulièrement amoindrir la puissance sans bornes de la loi et rabaisser sa majesté, que d'en subordonner l'application et l'observation au caprice et à la mobilité de l'usage.

Quant aux lois permissives, la permission ou la faculté qu'elles accordent créant un droit au profit de celui à qui la permission est accordée ou la faculté reconnue, il est également manifeste que ce droit, qui prend sa source dans la volonté expresse de la loi, ne peut être annulé par la volonté contraire d'un usage auquel on reconnaît la force dangereuse d'abroger tacitement une loi positive. La loi du 30 ventôse an XII, par son article 7, a déclaré qu'à compter du jour où ont été exécutoires les lois dont se compose le Code civil, les cou-

(1) *Responsa legalia*, centur. 1, resp. 18, n. 15, et resp. 21, n. 20.

(2) *De navibus*, note 48, n. 122 et 123; *De assecurat.*, note 80, n. 309 et seqq. — Voy. aussi Straccha, *De navigatione*, n. 24 et 25.

tumes générales et locales ont cessé d'avoir force générale ou particulière dans les matières qui font l'objet desdites lois. Il suit de là que dans les matières civiles proprement dites, la coutume n'a plus aucune autorité; et qu'en supposant, comme paraît le croire M. Toullier (1), que la loi du 30 ventôse an XII ne fût textuellement applicable qu'aux coutumes écrites, l'usage non écrit n'en devrait pas moins suivre le sort de l'usage écrit; car on ne concevrait pas que lorsque l'usage écrit cesse d'avoir autorité, l'usage non écrit pût en conserver encore, et qu'il puisât le principe de son autorité dans cette circonstance que, n'étant pas écrit, il est moins certain et plus fugitif.

Dans tous les cas donc où la loi civile est appelée à régir les matières commerciales, l'abrogation prononcée par la loi civile des coutumes et usages qui lui sont contraires doit nécessairement s'étendre aux usages commerciaux.

Il est vrai que l'un des rédacteurs du Code civil, M. Bigot de Préameneu, dans l'exposé des motifs du titre des contrats et obligations, dit que les règles de ce Code ne dérogent point à celles du commerce, et que l'usage déroge aux lois les plus formelles et les plus générales. Mais si cette maxime pouvait être prise dans un sens tel qu'elle consacrât l'autorité des usages commerciaux au préjudice des lois civiles, lorsque ces lois sont applicables au commerce, elle serait d'autant plus incompréhensible, qu'elle détruirait l'autorité même des lois dont le jurisconsulte auquel elle est échappée était appelé à annoncer la venue, et qui avaient précisément pour objet de remplacer par des règles stables et uniformes, la règle toujours variable et incertaine de la coutume. Elle n'est donc applicable que dans les cas où, par une raison quelconque, la loi civile ne régit pas les faits commerciaux. Tel est, entre autres, celui de l'art. 1873 du Code civil, au titre *des Sociétés*, qui porte que les dispositions de ce titre ne s'appliquent aux sociétés de commerce que dans les points qui n'ont rien de contraire aux lois et usages du commerce. Dans ce cas, la loi civile étant spécialement déclarée inapplicable, les usages

(1) T. I, n. 158.

commerciaux, à défaut de loi expresse, doivent être appliqués. Mais de cette disposition même, et du soin pris par l'art. 1873 de consacrer dans un cas donné l'autorité des usages commerciaux, il résulte que cette autorité ne leur appartient pas en vertu d'un principe général, et qu'au contraire le principe général veut qu'ils restent sans autorité (1).

La coutume, qui ne peut avoir en règle générale aucune autorité au préjudice de la loi civile, ne peut, à plus forte raison, en avoir aucune au préjudice de la loi commerciale. Il est si vrai que le Code de commerce ne prononce pas, comme le Code civil, l'abrogation des anciennes coutumes (2), mais il la prononce virtuellement et par sa seule présence, puisque si les usages commerciaux devaient servir de loi, il n'eût pas été nécessaire de faire un code.

De deux choses l'une: ou la loi commerciale est bonne, ou elle est mauvaise. Si elle est bonne, elle présente le résumé des véritables et sages coutumes des commerçants, auxquelles elle donne par là sa sanction ; ou elle les corrige si elles sont mauvaises, et alors elle doit être observée, puisque c'est en même temps observer la coutume dans ce qu'elle a de bon. Si la loi est mauvaise et contraire à une bonne et sage coutume, dans ce cas encore, il faut lui obéir, quoique mauvaise, car il n'appartient à personne de corriger la loi d'une manière plus ou moins directe, et je ne sache pas que les commerçants aient un privilége à cet égard.

La coutume ne peut donc, dans tous les cas, avoir autorité que dans le silence de la loi positive, ou lorsque la loi elle-même s'y réfère pour se compléter (C. Civ., 1153, 1159, 1160) ; alors le juge, qui, dans le premier cas, ne saurait se dispenser de juger (C. Civ., 4) et qui, dans le second, trouve dans la coutume un élément légal de décision, est autorisé à la suivre et à s'y conformer. Mais comme la coutume n'est constatée par aucun document légal, et que rien n'en fixe le

(1) Dans certains cas, la loi a généralisé et consacré par son autorité des usages commerciaux : telle est la loi du 13 juin 1866 sur les usages commerciaux en matière de vente. Mais alors c'est moins l'usage qui est appliqué que la loi qui le sanctionne. Voy. sur cette loi, M. Demangeat, sur Bravard, t. II, p. 429.

(2) Voy. M. Molinier, *Traité du droit commercial,* t. I, p. 13 et suiv.

sens, c'est au juge à la rechercher et à l'interpréter souverainement suivant sa conviction ; de telle sorte qu'on ne peut jamais lui reprocher d'avoir violé une coutume dont il n'aurait pas reconnu l'existence ou qu'il aurait mal interprétée, et que sa décision ne saurait, sous ce rapport, donner ouverture à la cassation, comme ferait la violation ou la fausse interprétation d'une loi véritable. Il y a plus : on ne pourrait considérer comme juridiquement rendu le jugement qui s'écarterait du droit commun sans constater l'usage contraire, et cela encore bien qu'on eût produit dans la cause des parères ou attestations qui n'ont d'autre autorité que celle que les juges croient devoir leur accorder (1).

Il faut même remarquer que les usages du commerce qui peuvent être invoqués dans le silence de la loi ou de la convention, ne peuvent autoriser le juge à méconnaître les effets que la loi attache à une convention dûment constatée et qui est exclusive de l'application de ces usages à laquelle les parties ont toujours le droit de se soustraire (2).

Mais si les règles introduites par la coutume commerciale ne peuvent prévaloir contre la loi, en tant que coutumes, elles peuvent cependant, en certains cas, déroger à la loi comme étant le résultat d'une convention particulière. Je m'explique.

Il y a dans les opérations commerciales des manières d'être ou d'agir qui sont, en quelque sorte, de leur essence, et sans lesquelles les commerçants n'en comprendraient pas la possibilité ou l'utilité.

Ces modifications, qui ont pour résultat de faire produire au même contrat des effets différents, suivant qu'il a lieu en matière civile ou en matière commerciale, ont été introduites par la force des choses, et l'usage les a maintenues, même dans le silence de la loi, en ce sens que les commerçants en font la réserve dans leurs conventions, au moyen d'une stipulation plus ou moins expresse : stipulation parfaitement li-

(1) Voy. Cass., 15 janv. 1812, S., coll. nouv., vol. IV, 1, 7 ; 14 août 1819, *ibid.*, vol. V, 1, 365.

(2) Cass. 26 mai 1868. D. 68. 1. 471 ; S. 69, 1. 33.

cite, d'ailleurs, car ce que la coutume seule ne pourait faire d'une manière générale, une convention peut évidemment le faire pour chaque cas particulier, alors du moins que cette convention n'a pas pour objet de déroger à l'ordre public ou aux bonnes mœurs (1).

Il ne peut s'élever aucun doute à cet égard : lorsque la convention est claire et précise en ce qui touche la clause dérogatoire, elle doit être suivie.

Mais le style des commerçants n'est pas toujours clair : c'est un idiome ordinairement elliptique, parfois peu exact, qui cache beaucoup de choses sous peu de mots, et qui le plus habituellement sous-entend ce qui est de règle générale (2). Dans ce cas, le devoir du juge est d'interpréter la convention, non du point de vue civil, qui ne la lui présenterait que sous un faux jour, mais du point de vue commercial, qui seul peut la lui montrer sous toutes ses faces, lui donner la clef des mots et lui en révéler le sens caché et mystérieux ; de considérer alors comme clairement stipulé tout ce qui est indispensable pour que le contrat ait les effets commerciaux qui étaient nécessairement dans l'intention des parties : ce que la loi autorise même en matière civile (C. civ., 1159 et 1160) ; puis d'appliquer la coutume à laquelle la convention a dû se référer (3). Dans ce cas, remarquons-le bien, ce n'est pas la coutume qui a conservé son autorité ; c'est la convention qui lui communique la sienne. Mais comme il arrive souvent que la dérogation conventionnelle, bien qu'elle existe réellement, n'apparaît pas aux yeux de tous, et que les juges, en

(1) *Cod. civ.*, art. 6.

(2) Voy. ce que j'ai dit sur ce point dans ma *Dissertation sur les comptes courants*, insérée dans le *Recueil général des lois et arrêts*, de M. Devilleneuve, vol. de 1839, part. I, p. 257.

(3) *Solet etiam inter privilegia mercaturæ recenseri quod eorum stilo stare oporteat, ità ut prævalere debeat dispositioni juris communis.* (Ansaldus, *Disc, gén.*, n. 41.) — *Cum casus mercantilis præponitur, in eo attendi et servari debet stilus mercatorum.* (Straccha, *De assecur.*, Gloss. 38, n. 4.) — *Verba mercatorum et negotiantium intelligenda veniunt juxtà eorum usus et stilos et prout ipsi intelligunt, non autem juxtà sensus grammaticorum, seu linguæ professorum.* (Le card. J. B. de Luca, *De credito*, disc. 65, n. 14.)

l'admettant, semblent obéir à la coutume, alors qu'ils ne font (peut-être même à leur insu) que suivre la convention, on est généralement porté à faire à la coutume les honneurs d'une autorité qui n'appartient qu'à la convention ; confusion d'autant plus facile que la convention est basée sur la coutume et interprétée par elle.

Cette autorité indirecte que la coutume puise dans la convention est la plus réelle et la plus efficace qu'il lui soit permis de revendiquer aujourd'hui. Je crois même qu'elle peut suffire aux nécessités de la pratique, puisqu'il dépend des commerçants d'en étendre les effets par des clauses claires et précises. La forme ici, c'est le fond. Qu'ils corrigent leur style, et tout ce qu'il gagnera en clarté tournera au profit de la certitude de leurs droits.

En résumé, je crois pouvoir terminer cet exposé de principes sur l'autorité de la coutume par trois règles qui me paraissent en résulter d'une manière certaine :

1° La coutume ne peut jamais, par sa seule force, prévaloir contre la disposition formelle et expresse de la loi ;

2° Dans le silence de la loi commerciale, ou lorsque la loi civile est inapplicable, le juge a un pouvoir discrétionnaire pour chercher dans la coutume les éléments de décision que la loi lui refuse ;

3° Dans les matières où les conventions particulières peuvent déroger à la loi, la nature des opérations commerciales fait au juge un devoir de rechercher s'il n'est pas de l'essence de l'opération de se référer à la coutume, pour donner au contrat l'effet qu'il doit avoir d'après l'intention présumée des parties (1).

84. Une équité arbitraire ne peut, pas plus que la coutume, prévaloir sur la disposition précise de la loi. Cela est sans difficultés dans les matières civiles ordinaires ; mais dans les matières commerciales, on se laisse aller assez fréquemment à dire que les contestations doivent être jugées *ex æquo et bono,* d'après les règles de l'équité naturelle, plutôt que

(1) Je reviendrai sur ce point. Voy. *inf.*, liv. V, tit. I, chapitre. I, section 2.

d'après la rigueur du droit. Il y a quelque chose de vrai dans cette maxime, mais il y a plus de faux que de vrai, et il y a peu de cas dans lesquels elle puisse passer sans difficulté de la théorie à la pratique (1).

Il n'y a en effet rien de moins vrai que de prétendre qu'en matière commerciale il est permis au juge de se dégager des entraves de la loi parce qu'il la trouverait injuste, et d'appliquer des règles qui lui paraîtraient plus équitables et mettraient sa conscience plus à l'aise. L'équité est un guide trompeur qui n'éclaire celui qu'il conduit qu'en proportion de ses lumières personnelles, et qui l'égare s'il n'y a pas en lui l'aptitude nécessaire pour découvrir le vrai chemin. L'équité de l'homme est arbitraire et variable suivant ses préjugés ou ses passions, tandis que l'équité de la loi est toujours la même. Elle est donc préférable. *Conscientia legis vincit conscientiam hominis,* dit Straccha (2), *et melius est civitatem ab optima lege quam ab optimo viro gubernari* (3). A quoi bon d'ailleurs faire des lois, si le juge pouvait leur substituer son propre arbitre ?

Cependant comme en matière commerciale les parties sont toujours présumées s'être engagées de bonne foi, et vouloir exécuter de bonne foi leurs conventions, il en résulte que le juge n'est pas strictement lié par les termes des actes, et qu'il peut en les interprétant s'écarter jusqu'à un certain point de leur sens apparent, pour leur attribuer un sens plus juste et plus équitable. C'est sous ce point de vue qu'il est permis de juger les affaires commerciales *ex æquo et bono.* Mais le sens des conventions une fois reconnu par le juge avec la latitude que lui donne la nature de l'affaire, il doit en déterminer les

(1) *Quamvis enim pluries in abstracto rota firmaverit conclusionem quod inter mercatores procedendum est de æquo et bono, ac juxta eorum stilum, non autem per apices juris, attamen ista theoria non de facili ad praxim deduci videtur.* (Le card. J. B. de Luca, *De credito*, disc. 24, n. 8.) Voy. aussi Straccha, *Quomodo in causis mercat. proced. sit*, part. I, n. 1.

(2) *Ubi sup. part. ult.*, n. 4 et 5.

(3) Dumoulin avait dit auparavant : *Homo debet sequi æquitatem legis, non proprii capitis* (*Cout. de Paris*, tit. I, § 51, gl. 2, n. 86.)

effets suivant la volonté de la loi, dont il ne peut sous aucun prétexte s'écarter dans l'application qu'il s'agit d'en faire aux actes qui lui sont soumis (1).

LIVRE II

DU DROIT ET DES LOIS DANS LEURS RAPPORTS AVEC LES RELATIONS INTERNATIONALES ET LA LIBERTÉ DU COMMERCE.

SOMMAIRE. — 85. Exposition Division.

85. Dans le livre qui précède, j'ai envisagé le droit et la loi d'un point de vue fort général. Dans celui-ci, je me propose d'examiner de plus près les effets du droit des gens et des lois civiles sur les transactions commerciales, en ce qui touche principalement la liberté du commerce, tant entre les nations qu'entre les individus qui les composent.

Ce serait, dit Hubner (2), un ouvrage fort utile que celui qui expliquerait avec solidité les droits des peuples relativement au commerce. — L'explication détaillée et complète de ces droits, surtout en ce qui touche tous ceux qui sont fondés sur le droit des gens conventionnel, sortirait de mon sujet. Ce serait l'objet d'un ouvrage à part, et d'un long et difficile ouvrage. Ici je dois me borner à poser, en les rapprochant suivant l'occasion des règles du droit des gens conventionnel, quelques-uns des principes qui, découlant soit du droit des gens naturel et primitif, soit du droit particulier à chaque peuple, doivent régir les rapports internationaux qui naissent du commerce, et servir de règle aux traités entre les peuples, aux transactions entre les individus.

Ces rapports consistent, soit dans les communications générales qui existent entre les peuples à raison du commerce, soit dans les communications particulières d'individu à individu : les premiers qui, bien qu'ils puissent être déterminés par des traités et des lois particulières, sont cependant princi-

(1) Le card. J. B. de Luca, *De credito*, disc. 26, n. 12 ; Straccha, *Quomodo in caus. merc. proced. sit*, part. I, n. 3.

(2) *De la saisie des bâtiments neutres*, disc. prélim., p. 1.

palement soumis au droit des gens et à des principes indépendants de toute législation positive, feront l'objet du Titre premier. Les autres, qui provoquent l'application des lois civiles particulières à chaque État, feront l'objet du Titre deuxième.

TITRE I

DU DROIT DES GENS DANS SES RAPPORTS AVEC LE COMMERCE ; DES RÈGLES QUI PRÉSIDENT AUX RELATIONS COMMERCIALES DES NATIONS ENTRE ELLES, ET DE LA LIBERTÉ DU COMMERCE EXTÉRIEUR.

SOMMAIRE. — 86. En quoi consiste le commerce entre les nations. — 87. Conditions de son existence, — 88. Division.

86. Le commerce entre les nations consiste dans le transport des marchandises d'un pays dans un autre, pour y être vendues : ou, encore, ce qui revient au même, dans les échanges respectifs que deux pays font de leurs marchandises. Bien que ces échanges soient faits par les particuliers de l'un et l'autre pays, considérés dans leur ensemble ils constituent le commerce général des nations entre elles, de telle sorte que, outre les règles de droit privé qui régissent les conventions des individus, et qui seront ultérieurement exposées, ces échanges donnent lieu à l'application des règles de droit public qui régissent les rapports de peuple à peuple.

87. En effet, pour que le transport des marchandises d'un pays dans l'autre puisse s'effectuer, et conséquemment, pour qu'elles soient échangées, il faut qu'elles puissent sortir du pays où elles sont, entrer dans un autre, le traverser, si elles ne doivent pas y demeurer, et enfin être admises au lieu de leur destination. Il faut donc qu'elles puissent naviguer sur la mer, sur les rivières ou sur les canaux, ou voyager par terre. De là naissent les questions de savoir si une nation peut interdire son territoire à une autre, ou ne l'y admettre que sous condition ; si la navigation est libre ; où et comment elle peut l'être ou cesser de l'être ; enfin

si la liberté qui existe en temps de paix est la même en temps de guerre, difficultés que des lois ou des conventions positives et écrites peuvent avoir tranchées, mais qui ne peuvent être résolues que par les règles du droit des gens, c'est-à-dire par les règles du droit naturel appliqué aux affaires des nations.

88. Je vais donc entrer dans quelques explications sur le droit qu'une nation peut avoir de limiter ou d'interdire le commerce avec les nations étrangères, sur la liberté de la navigation maritime ou fluviale, et sur l'établissement des droits de douanes, de navigation et autres analogues; j'expliquerai ensuite les modifications que l'état de guerre peut introduire dans les rapports des belligérants et des neutres.

CHAPITRE I

DU COMMERCE EN TEMPS DE PAIX.

Sommaire. — 89. Ce que c'est que la paix. — 90. Liberté commerciale en temps de paix. — 91. Des douanes. — 92. Des douanes considérées comme moyen de protection. — 93. Des douanes envisagées comme impôt. — 94. On ne peut prohiber systématiquement toutes les marchandises d'un peuple, mais on peut favoriser un peuple plus qu'un autre. — 95. Du système colonial. — 96. Du transit. — 97. De l'entrepôt. — 98. De la relâche forcée et du naufrage. — 99. Des droits de navigation. — 100. Dans quels lieux les droits peuvent être perçus et les prohibitions exercées. — 101. Du territoire. — 102. Des frontières. — 103. De la mer. — 104. De la pleine mer. — 105. Des rivages de la mer, ou de la mer littorale. — 106. Des baies et des golfes. — 107. Mers fermées. — 108. Des détroits. — 109. Résumé. Droits du pavillon. Pirates. — 110. Des fleuves et rivières navigables. — 111. Des fleuves et rivières servant de frontière. — 112. Changement de lit. — 113. Des fleuves et rivières qui coulent dans les terres d'un État. — 114. De la contrebande. — 115. De la contrebande faite par les nationaux. — 116. De la contrebande faite par les étrangers. — 117. Transition.

89. La paix, suivant la définition de Puffendorf (1), est l'état des hommes et des nations qui vivent ensemble tran-

(1) *Droit de nature et des gens*, liv. I, ch. I, § 8.

quillement, et qui se rendent de leur propre mouvement, comme par principe d'obligation, ce qu'ils se doivent les uns aux autres. La paix est donc l'état naturel des hommes et des nations, puisque si la guerre est quelquefois légitime et nécessaire, la paix seule peut entretenir la sociabilité pour laquelle les hommes sont créés; et comme le commerce est le moyen le plus efficace d'entretenir cette sociabilité, il en résulte que le commerce entre les nations est la principale conséquence de l'état de paix dans lequel elles doivent vivre.

90. Mais les peuples, guidés par un intérêt bien ou mal entendu, au lieu de laisser au commerce son cours naturel et de maintenir une entière liberté commerciale entre les nationaux et les étrangers, ont mis des entraves à cette liberté, soit en n'ouvrant que certains ports à la navigation étrangère, soit en fermant l'entrée de leur territoire à certaines marchandises étrangères, soit en ne les y admettant qu'à la charge de payer certaines taxes; de telle sorte que, en cette partie et en ce qui touche le commerce étranger, la liberté est devenue l'exception, et la prohibition ou la restriction, la règle générale.

91. Ces prohibitions qui ferment un territoire à certaines marchandises, soit à raison de leur nature, soit à raison de leur provenance; ces taxes qui en éloignent les autres et qui grèvent aussi la navigation, avec plus ou moins de ménagements, suivant le pavillon qui la protége, constituent, sous le nom de douanes, le régime normal de tous les peuples qui vivent en paix, bien qu'une tendance contraire se manifeste depuis un certain nombre d'années, et que les associations douanières (1), ou les traités de commerce (2), permettent d'espérer un état de choses plus conforme à l'intérêt des relations internationales publiques et privées.

Les douanes, qu'il ne faut pas confondre avec certains

(1) Telle que l'association douanière allemande connue sous le nom de *Zollverein*. Voy. sur ce point les *notes* de M. Ch. Vergé sur Martens, t. I, § 89. Voy. aussi Heffter, *Droit intern. de l'Europe*, § 243.

(2) Tel est notamment le traité de commerce conclu entre la France et l'Angleterre, le 24 janvier 1860.

droits de navigation qui ne sont que le prix d'un service rendu (1), ne sont pas d'invention moderne. Les anciens peuples, et notamment les Romains, connaissaient le régime des prohibitions et des restrictions : plusieurs de leurs lois en font foi (2). Le moyen âge aussi en a usé et abusé. Mais à des différentes époques, les douanes étaient considérées et employées comme moyen de revenu pour l'État ou pour le seigneur, plutôt que comme moyen de protection pour le commerce national. Aujourd'hui on les considère comme impôt et à la fois comme moyen de protection; et c'est sous ce dernier rapport qu'elles ont été si vivement attaquées que leurs défenseurs ne combattent plus qu'en fuyant.

92. Mais autre chose est la convenance des établissements de douanes, autre chose est le droit qui appartient aux peuples de les établir. Dans le premier cas, c'est une question d'économie politique et d'administration; dans le second, c'est une question de droit. Peu importe donc, quant à la question de droit, le parti qu'on croit devoir adopter sur la question économique qui n'est pas de mon ressort : la question de droit reste entière, et on peut sans contradiction, tout en se prononçant contre le système des douanes qui pèse sur le commerce international, se demander si les prohibitions et les restrictions dont une nation frappe l'entrée des marchandises étrangères et la sortie de ses propres marchandises, ainsi que les moyens employés pour en assurer l'exécution, sont conformes au droit des gens.

On l'a déjà vu : si le commerce est une obligation naturelle pour les nations comme pour les individus, les nations comme les individus sont libres cependant de ne pas acheter ou de ne pas vendre.

Le commerce n'est pas une opération de bienfaisance pure; l'intérêt personnel en est au contraire le mobile principal. Il suit de là qu'une nation qui croit ne pas trouver son compte à acheter telles ou telles marchandises, ou à ne les acheter que

(1) Voy. *inf.*, n. 99.

(2) Voy. Bouchaud, *Théorie des trait. de comm.*, p. 228 et 300, et M. Dureau-Delamalle, *Économie politique des Romains*.

dans telles ou telles proportions, a incontestablement le droit de ne pas les acheter, ou de n'en acheter que ce qui lui paraît nécessaire; et conséquemment, de prohiber l'entrée sur son territoire de marchandises qu'elle ne veut pas acheter, et de frapper les autres marchandises de droits plus ou moins forts, proportionnellement au besoin qu'elle en a. Réciproquement, la nation qui ne veut pas vendre, ou qui ne veut vendre que dans certaines limites, peut prendre, en ce qui la regarde, des mesures analogues, c'est-à-dire prohiber ou grever de certains droits la sortie des ses marchandises. Il est, sans doute, possible que les nations, en agissant ainsi, se trompent sur leurs intérêts, et qu'elles leur nuisent en voulant les servir; qu'elles aient tort de ne pas vouloir acheter ou de ne pas vouloir vendre. Mais le fondement, en droit, de la mesure, ne doit pas être jugé d'après ses résultats : l'insuccès ne porte pas atteinte au droit, pas plus que le succès ne légitime; et on ne s'est jamais avisé de contester le droit d'un commerçant qui, dans l'espérance d'une hausse ou la crainte d'une baisse, se hâte d'acheter ou de vendre, parce qu'ensuite il aurait été trompé dans ses prévisions.

Les prohibitions et les restrictions douanières ne sont donc pas contraires au droit naturel des nations; et en admettre la légitimité, c'est moins porter atteinte à la liberté du commerce que faire usage de la liberté naturelle qui appartient à tous, aux nations comme aux individus, de vendre ou de ne pas vendre, d'acheter ou de ne pas acheter (1).

93. Les douanes sont, d'ailleurs, non-seulement un moyen de protection pour le commerce d'un État, mais aussi un moyen d'impôt. Or, considérées comme impôt, on peut sans doute critiquer la trop grande élévation des taxes, mais on est forcé d'en admettre le principe. Il est évident en effet que la production des denrées et des marchandises indigènes étant soumise à des impôts de plusieurs sortes qui ont pour conséquences directes d'en augmenter le prix, la justice et l'équité

(1) Voy. Hautefeuille, *Hist. du droit marit. internat.*, p. 28 et suiv. Voy. aussi Martens, § 140 et la note de M. Ch. Vergé, *ibid.*, et M. Calvo, *Droit international*, t. I, n. 302.

veulent que des droits au moins égaux aux impôts qui grèvent l'industrie nationale, frappent à leur entrée les produits de l'industrie étrangère. C'est un point qui ne fait pas difficulté, même pour ceux des économistes modernes qui se sont montrés les adversaires les plus décidés des douanes considérées comme moyen de protection (1).

Donc, l'établissement des droits de douanes n'est pas en lui-même un fait contraire aux règles de justice et d'équité qui doivent présider aux rapports des nations et des peuples (2).

En supposant, au surplus, que ces taxes et ces prohibitions fussent contraires au droit naturel comme entravant la liberté du commerce, ce ne pourrait être qu'autant qu'elles auraient été établies par un peuple au préjudice des autres, qui, eux-mêmes, n'en auraient pas établi; car il est manifeste que si tous les peuples élèvent autour d'eux des barrières de douanes, que s'ils en règlent par des traités, comme il arrive souvent, les effets et l'étendue, il y aura sur ce point, de leur part, consentement unanime et réciproque; ce qui, d'après Grotius lui-même, un des plus ardents défenseurs de la liberté commerciale, suffit pour légitimer un état de choses fondé sur l'abandon exprès ou tacite d'un droit établi en faveur des nations, et auquel les nations ont pu conséquemment renoncer. « *Commercandi libertas*, dit Grotius, *ex jure est primario gentium, quod naturalem et perpetuam causam habet. Ideoque tolli non potest, et si posset, non tamen posset nisi omnium gentium consensu* (3). »

94. Mais remarquons-le bien, les douanes ne sont légitimes qu'autant qu'elles ont pour objet d'atteindre une certaine nature de marchandises, et non lorsqu'elles prohibent systéma-

(1) « Lorsque les droits d'entrée sont modérés, ils équivalent aux impôts payés par les producteurs des produits indigènes, et établissent une inégalité de désavantages entre ceux-ci et les produits étrangers. » (J.-B. Say, *Traité d'écon. pol.*, épitomé, v° *Droits d'entrée.*)... « Il paraît juste que les marchandises étrangères soient assujetties à une taxe comme celle de l'intérieur, et qu'elles contribuent dans une proportion convenable au revenu de l'État... » (A. Blanqui, *Dictionn. du comm.*, v° *Douanes.*)

(2) Voy. Martens, *Précis du droit des gens*, t. I, § 89 ; Kluber, *Droit des gens*, § 69.

(3) *Mare liberum*, cap. VIII, in fine.

tiquement toutes les marchandises d'une nation. Dans ce dernier cas, elles ne seraient plus une mesure de protection pour le commerce national, mais bien une mesure d'oppression pour le commerce étranger ; ce serait de plus une offense dans laquelle Grotius voit un juste sujet de guerre (1). Une telle prohibition ne serait donc autorisée, sauf en temps de guerre, que comme représailles ou rétorsion, puisque si elle passait en système, elle romprait toutes les communications que la nature a établies et que la raison doit maintenir entre les peuples (2).

Du reste, il n'est pas défendu de favoriser un peuple plus qu'un autre, en retour des avantages analogues qu'on en reçoit. A plus forte raison un peuple peut-il, pour favoriser sa propre navigation, modérer les droits sur les marchandises étrangères importées sous le pavillon national (3).

95. Le même motif a introduit le système colonial, qui consiste dans l'obligation imposée aux colonies de ne recevoir que les denrées de la métropole, et de ne vendre les leurs qu'à la métropole, laquelle contracte en retour l'obligation de les acheter. Ce système, fortement attaqué, sous le point de vue politique et économique, peut se justifier sous le point de vue légal par cette considération que la colonie et la mère patrie ne se trouvent pas précisément dans la même position que deux États étrangers l'un à l'autre, qui par traités se seraient engagés à faire entre eux un commerce systématiquement exclusif de celui de toutes les autres nations. La colonie est une dépendance de la mère patrie, qui se trouve, pour l'utilité de celle-ci, soumise à un régime particulier ; et lorsque le territoire principal n'est pas fermé au commerce étranger, il importe peu,

(1) *Du droit de guerre et de paix*, liv. II, chap. II, § 13. — Voy. aussi Puffendorf, *Droit de nat.*, liv. III, ch. III, § 11.

(2) Voy. le décret du 25 oct. 1806 sur le blocus continental. — Voy. aussi Martens, *Précis du droit des gens*, t. I, § 140.

(3) De là vient la clause spéciale insérée dans la plupart des traités, « d'*être traité comme la nation la plus favorisée*, » c'est-à-dire de n'être soumis au paiement d'aucuns droits autres ou plus forts que ceux imposés à la nation qui paie le moins ; ou la clause « d'*être traité comme les nationaux eux-mêmes*. » Voy., sur ces clauses, Hautefeuille, *ubi sup.*, p. 300 et suiv.

en ce qui touche le droit en lui-même, qu'un territoire accessoire ne lui soit pas ouvert. Ce n'est plus qu'une question d'administration intérieure (1).

96. Les peuples, fondés en droit à fermer leur territoire aux marchandises étrangères qui viennent pour y être consommées ou vendues, ou à ne les y admettre que moyennant l'acquit de certaines taxes, sont-ils pareillement autorisés à leur en interdire l'entrée, ou à ne la leur permettre que moyennant l'acquit de ces taxes, lorsque ces marchandises ne demandent que le passage sur ce territoire pour parvenir dans un autre pays ? Grotius (2) décide nettement que le souverain d'un territoire ne peut refuser le passage sur ses terres, parce que personne n'a le droit d'empêcher une nation de trafiquer avec toute autre nation éloignée. Puffendorf (3) n'est pas du même sentiment. Suivant lui, les seules lois de l'humanité ne semblent pas imposer l'obligation de donner passage aux marchandises étrangères, si l'on en excepte les choses nécessaires à la vie. Pour les autres, qui ne servent qu'au luxe, ou dont le trafic tend plutôt à entasser des richesses superflues ou à satisfaire l'avarice qu'à fournir aux besoins de la vie, il ne voit pas de quel droit on prétendrait obliger une nation à les laisser transporter à travers son territoire. Pourquoi, ajoute-t-il, un souverain ne procurerait-il pas à ses sujets le gain que font les étrangers à la faveur du passage qu'il leur donne, et ne pourrait-il pas favoriser les citoyens préférablement aux étrangers ?

Je préfère l'opinion de Puffendorf, sans admettre toutefois sa distinction entre les choses nécessaires à la vie et les choses qui ne servent qu'au luxe ou accroissent le superflu : il est certaines époques dans la vie des peuples où il devient à peu près impossible de distinguer le superflu du nécessaire. Mais je crois avec ce publiciste, qu'aucune obligation naturelle ne fait un devoir au souverain d'un territoire d'autoriser le transit

(1) Martens, § 150, et M. Ch. Vergé, *ibid.*; Heffter, § 68.

(2) *Mare liberum*, cap. VIII. — *Droit de la guerre et de la paix*, liv. II, chap. II, § 13.

(3) *Droit de la nature et des gens*, liv. III, ch. III, § 6.

des marchandises étrangères, et qu'il peut ne l'autoriser que dans la limite de ses convenances, parce qu'il est dans son droit de favoriser le commerce des citoyens de son État, avant de donner aux étrangers des facilités pour leur faire concurrence sur les marchés exterieurs. Grotius oppose que personne n'a le droit d'empêcher une nation de trafiquer avec une autre nation. Le principe est vrai, mais la conséquence est fausse. Quel est le sens de cette règle? C'est, suivant la remarque fort juste de Barbeyrac, dans ses annotations sur Grotius (1), qu'une nation ne peut s'interposer violemment entre deux nations pour leur interdire, médiatement ou immédiatement, tout commerce; c'est-à-dire qu'une nation n'a pas le droit, lors même qu'elle en aurait la puissance, de défendre à une nation le commerce que celle-ci voudrait faire avec une autre; qu'une nation ne peut pas, en temps de paix, établir autour d'une autre nation une sorte de blocus qui l'empêche de trafiquer avec ses voisins (2); mais cela ne veut pas dire qu'une nation doive se dispenser de prendre les mesures intérieures qui lui sont utiles ou convenables, alors même que l'effet indirect de ses mesures réagirait à l'extérieur sur les intérêts des nations voisines : ce serait porter la plus grave atteinte à la souveraineté et à la liberté des peuples. Aussi Grotius, après avoir fait une fausse application des principes dont il exagérait les conséquences, en a lui-même indiqué plus tard la juste limite, en décidant qu'il est permis à un peuple de faire avec quelque autre un traité par lequel l'un s'engage à ne vendre qu'à l'autre seul certaines denrées qui ne croissent que chez lui (3).

Une nation peut donc refuser aux États voisins le transit de leurs marchandises sur son territoire (4). Cependant, dans nombre de cas, il est d'une bonne politique de leur accorder cette faculté, parce que le transit peut être une cause de bénéfice pour l'État sur le territoire duquel il a lieu. Mais de la part

(1) *Loc. cit.*
(2) Voy. *sup.*, n. 94.
(3) Liv. II, chap. II, § 24.
(4) Kluber, *Droit des gens*, § 70. Voy. sur le transit en général, Martens, § 4, et les *notes* de Pinheiro Ferreira sur ce paragraphe.

du souverain qui l'accorde, c'est toujours l'effet d'une tolérance et jamais la suite d'une obligation.

97. A côté du transit, se trouve une faculté analogue : c'est celle qui est réclamée par des marchandises prohibées ou taxées qui se présentent à la frontière d'un tÉat, non pour obtenir le passage sur son territoire, mais pour recevoir une hospitalité momentanée, jusqu'à ce qu'elles continuent leur voyage pour une autre destination. C'est ce qu'on appelle la faculté d'entrepôt, ou simplement l'entrepôt.

Je crois qu'une nation est fondée à se refuser à ce que des marchandises qu'elle a pu prohiber soient déposées, même momentanément, sur son territoire ; et à ce que des marchandises qu'elle a pu grever d'une taxe y séjournent sans payer cette taxe. Mais ce droit absolu doit être modéré par la bienveillance ou l'intérêt. Quand une nation peut accorder sans danger pour elle-même une faveur à une autre, elle ne doit pas la refuser ; car l'usage fait sans utilité d'un droit rigoureux, peut se changer en une véritable injustice (1).

98. Mais une hospitalité momentanée ne peut jamais être refusée au cas de relâche forcée d'un bâtiment contraint par fortune de mer à chercher un refuge dans un port qui; régulièrement, n'aurait pas été ouvert aux marchandises qu'il transporte ; il en est de même, et à plus forte raison, au cas de naufrage, puisqu'il est contraire aux lois de l'humanité, et par conséquent au droit des gens dont ces lois sont l'expression, de repousser des malheureux qui demandent un asile contre la tempête, ou, en leur donnant asile, de confisquer leurs marchandises ; et que rien ne serait plus injuste que de faire dériver un droit d'acquisition du malheur imprévu et inévitable qui frappe celui à qui appartient la chose qu'on prétendrait acquérir « *Si quando naufragio navis expulsa fuerit ad littus*, disait l'empereur Constantin, *vel si quando aliquam terram adtigerit, ad dominos pertinet : fiscus meus sese non interponat. Quod enim jus habet fiscus in alienâ calamitate, ut de re tam luctuosâ compendium sectetur* (2) ? »

(1) Voy. *ibid.*

(2) Liv. I, *Cod. de naufragiis.* — Godefroy, sur cette loi, et Perezius (*ad*

Telles sont cependant les aberrations de l'esprit humain, qu'à certaines époques les usages ou les lois autorisaient à s'emparer des biens des naufragés, qui étaient considérés comme n'appartenant à personne aussitôt que la mer les leur avait enlevés. Ces lois et ces usages ont même quelquefois survécu aux temps de barbarie qui les avaient vus naître ; et malgré les lumières des temps plus modernes, il s'est trouvé, suivant le témoignage de Barbeyrac (1), des prédicateurs pour demander à Dieu, en chaire, d'accroître le nombre des naufrages sur les côtes voisines; et des docteurs (2) pour soutenir que ces prières si cruellement intéressées, et la coutume qui permettait de confisquer les biens des naufragés, n'étaient ni déraisonnables, ni incompatibles avec les règles de la charité et de la justice !

Aujourd'hui le *droit de naufrage* est partout aboli ; les lois particulières ou les traités lui ont presque partout substitué le *droit de sauvetage*, en vertu duquel les biens naufragés ne sont restitués à leurs propriétaires que pendant un délai déterminé, ordinairement d'an et jour, et moyennant le payement d'une indemnité pour les sauveteurs, qui consiste dans une quote-part de la valeur des choses sauvées (3).

99. Les droits de douanes ne sont pas les seuls qui grèvent le commerce étranger. Il en est d'autres qui, sous le nom de droits de péage, atteignent principalement la navigation dans certaines parties de la mer ou des fleuves, et qui ont pour objet de faire contribuer les étrangers à l'entretien des ouvrages d'art nécessaires, soit pour faciliter la navigation dans des parages difficiles, soit pour préparer un mouillage sûr dans

codicem, n. 27), attribuent cette constitution à Antonin. — Voy. Grotius, *Du droit de la guerre et de la paix*, liv. II, ch. VII, § 1; Puffendorf, *Droit de nat.*, liv. IV, ch. XIII, § 4. — Voy. aussi Martens, *Précis du droit des gens*, t. I, § 154.

(1) Sur Puffendorf, *loc. cit.*

(2) Thomasius, *De statuum imperii potestate legislat. contrà jus commune.*

(3) Voy. l'ordonnance de 1681, liv. IV, tit. IX ; L. 9-13 août 1791 ; ord. 29 oct. 1833 ; Kluber, t. I, § 77 ; Martens, § 154 et les *notes* de Pinheiro-Ferreira et de M. Ch. Vergé sur ce paragraphe ; Bluntschli, *Droit internat. codifié*, t. I, n. 315 et 333, et Pasquale Fiore, *Nouv. droit. internat.*, annoté par M. Pradier Fodéré, t. I, p. 405.

les ports ou dans les rades. Mais, je l'ai déjà dit, quand ces droits ne sont pas excessifs (1), leur légitimité ne saurait être contestée, puisqu'ils ne sont que le prix d'un service rendu par le souverain local, auquel il est juste de tenir compte des dépenses qu'il fait pour l'utilité commune, et dont les étrangers profitent aussi bien que les nationaux (2).

100. Il reste à savoir maintenant jusque dans quels lieux peut s'étendre l'effet des prohibitions ou des restrictions douanières; dans quels lieux la navigation ou le transport des marchandises peuvent être interdits ou assujettis à des taxes : questions qui ne laissent pas de présenter des difficultés assez sérieuses.

101. La règle est qu'une nation n'a juridiction que là où elle domine, c'est-à-dire dans l'étendue de son territoire. Mais cette règle exige des explications.

Le territoire d'une nation comprend tout l'espace dans lequel les dépositaires de l'autorité publique ont la faculté de contraindre, par l'emploi de la force dont ils disposent, à l'exécution des volontés du souverain. « *Territorium*, dit la loi romaine, *est universitas agrorum intrà fines cujusque civitatis : quod ab eo dictum quidam aiunt, quod magistratus ejus loci intra eos fines* TERRENDI, *id est submovendi jus habet* (3). » Mais le territoire peut être limité d'une manière plus ou moins précise, de telle sorte que les droits du souverain qui expirent sur cette limite, peuvent rester incertains comme la limite elle-même. Il s'agit donc de savoir comment un ter-

(1) *Avara manus portus claudit*, dit Cassiodore, lib. VII, *Variorum*, cap. IX, *et cum digitos attrahit navium simul vela concludit : meritò enim illa mercatores cuncti refugiunt quæ sibi dispendio esse cognoscunt.*

(2) Voy. Martens, *Précis du droit des gens*, t. I, § 88; Heffter, § 75. Voy. sur les détroits, *inf.*, n. 108.

(3) L. 239, § 7, ff. *De verb signif.* — *Territorium à terrendis hostibus*, dit Frontin (*De agror. qualif.*)... — *A terrendis civibus* (Siculus Flaccus, *De condit. agror.*). — On donne encore d'autres étymologies : *Territorium quasi tauritorium, id est tritum bobus et aratro... quod teratur* (Varro, 4, *De ling.*)... *A terrâ* (Cujas, *Ad leg.* 53 C. *De decur.*). — Voy., sur le territoire, Martens, § 72; Heffter, § 65; Hautefeuille, *Droits et devoirs des nations neutres*, t. I, p. 287; Pasquale Fiore, *Droit internat.*, t I, p. 344; Bluntschli, *Droit internat. codifié*, n. 162.

ritoire peut être défini ou borné, et de déterminer les droits qui compètent soit au souverain du territoire, soit aux nations voisines, suivant la nature de ces limites.

102. Le territoire est borné par des frontières : ces frontières sont formées naturellement par la mer ou les rivières, ou suivent la ligne déterminée par les conventions et les traités faits entre les nations. — Je suppose ici un état de choses régulier et pacifique; car en temps de guere les belligérants peuvent être fondés à prétendre l'un envers l'autre que leur territoire comprend tout le pays qu'occupent leurs armes. Je suppose aussi qu'il s'agit de nations dont les frontières touchent à celles d'une nation voisine; car lorsque le territoire occupé par une nation est limitrophe de pays inhabités, et auxquels personne ne prétend droit, les frontières de cette nation embrassent tout l'espace qu'elle occupe et s'étendent à mesure que l'occupation elle-même s'étend sur des terres antérieurement inoccupées.

Lorsqu'un territoire est borné par des frontières déterminées par les traités et en quelque sorte artificielles, la juridiction ou l'autorité de chaque nation expire là où prend fin son territoire, à moins qu'il n'y ait contestation sur le sens ou la portée du traité. Elle ne peut donc repousser des marchandises ou les assujettir à des droits tant qu'elles n'ont pas touché sa frontière : aucune difficulté ne peut s'élever à cet égard.

Mais il en est autrement s'il s'agit de frontières qui, bien qu'indiquées par les traités, peuvent être considérées comme naturelles : telle est la mer, tels sont les fleuves (1).

On peut se demander alors si le territoire prend fin au point fixe où il est baigné par les eaux de la mer ou du fleuve, de telle sorte que la mer et le fleuve restent libres pour tous ceux qui peuvent y parvenir : ce qui serait appliquer dans toute leur étendue ces paroles des jurisconsultes romains : *Naturali jure communia sunt omnium hæc : Aer, Aqua profluens et Mare, et per hoc littora maris* (2); ou bien si, au contraire,

(1) Voy. Martens, *Précis du droit des gens*, t. I, § 38.
(2) *Instit.*, lib. II, tit. I, *De rer. divis.*, § 1.

la mer et les fleuves peuvent appartenir en tout ou en partie, et d'une manière plus ou moins complète, au souverain des terres voisines. — Commençons par examiner la difficulté relativement à la mer.

103. La question de savoir quelle est l'autorité du souverain d'un pays sur la mer adjacente se rattache à une controverse fort célèbre, aujourd'hui épuisée, mais qui pendant longtemps a excité la verve des publicistes et des jurisconsultes, sur le point de savoir si l'empire de la mer peut appartenir à un peuple exclusivement aux autres, de telle sorte que ce peuple souverain des mers puisse n'y laisser naviguer et commercer les autres que suivant ses convenances ou sa volonté.

Cette question a provoqué guerres de plumes et guerres d'épée : celles-ci sanglantes, celles-là non moins acharnées ; et il est souvent arrivé que ni les unes ni les autres n'ont mis fin à la querelle. *Sœpè profecto*, dit Heineccius (1), *maris undas cruore effusissimo contaminavit impotens illa etiam mari dominandi libido. Sœpè quœsitum illud imperium non minore sanguinis profusione evertit libertatis cupiditas; neque post tot turbas, ità de hac lite transactum est ut non subindè ideò œmulœ classes, aperto Marte, concurrant; nec minore curâ intereà, dum gentes arma strinxerunt, calamos expedierunt eruditi.* » Mais ici, comme dans toutes les questions qui mettent en jeu un puissant intérêt national, les docteurs en entrant en lice ont, de part et d'autre, cherché à faire prévaloir plutôt les intérêts de leur patrie, que ceux de la vérité : et de là sont résultés d'abord des systèmes absolus, ayant tous quelque chose de vrai, mais tombant tous dans le faux, pour n'avoir pas su s'arrêter à temps dans l'enchaînement exagéré de leurs déductions.

Les uns, ayant à leur tête Grotius (2), qui avait à défendre les intérêts de la Hollande, sa patrie, principalement contre les prétentions des Portugais, dont la politique était d'interdire à la Hollande le commerce de l'Amérique et des Indes,

(1) *De navib. ob vect. vetitar. merc. commissis*, cap. I, § 1.

(2) *Mare liberum* (1609), *sive de jure quod competit Batavis ad indicana commercia; Droit de guerre et de paix*, liv. II, ch. II, § 3.

soutenaient que les peuples ne pouvaient s'approprier ni la mer, ni certains endroits de la mer, et que la mer était partout et toujours ouverte à tous.

Les autres suivaient les doctrines de Selden (1), publiciste anglais, et dès lors partisan né de l'opinion contraire. Selden voulait que toute une étendue de mer pût appartenir à un seul peuple, et bornant d'ailleurs ses prétentions aux mers qui baignent les îles Britanniques, que ces mers appartinssent au peuple anglais : ce qu'il cherchait à prouver par des arguments historiques d'une valeur fort contestable. Le livre de Selden, qui était la contre-partie de celui de Grotius, fit tant de plaisir au roi d'Angleterre, dont il flattait l'amour-propre, en caressant la chimère de la nation anglaise, qu'il en ordonna le dépôt en trois exemplaires : l'un dans les archives de la Tour de Londres, un second dans celles de l'Échiquier, et le troisième dans celles de l'Amirauté.

Je ne puis entrer ici, ni dans l'examen ni dans la simple exposition de ces systèmes, dont le principal mérite est souvent la singularité, qui n'offrent guère qu'un intérêt historique, aujourd'hui que l'empire des mers n'est plus sérieusement ni ouvertement prétendu par aucun peuple; que l'Angleterre et les autres puissances maritimes se bornent, comme la France, à y exercer une prépondérance relative à leurs forces, et qu'il n'y a plus de doge de Venise, qui, tous les ans, épouse solennellement la mer Adriatique (2). Je me

(1) *Mare clausum* (1636). — Voy. aussi Borough, *Imperium maris britannici* (1686).

(2) Voici l'indication des principaux auteurs, publicistes ou jurisconsultes, qui ont écrit sur la matière. Pour la liberté des mers : Grotius, déjà cité; Graswinkell, *Vindiciæ maris liberi* (ce livre fut fait à l'occasion des obstacles que les Anglais cherchaient à opposer à la pêche du hareng par les Hollandais); Ulr. Huberus, *Digress.*, part. I, lib. IV, cap. XIV, et *De jure civit.*, lib. II, sect. IV, cap. II; Bynkerskoëck, *Dissert. de dominio maris;* Zuarius, *De usu maris;* Graverus, *Dissertatio de mari naturâ libero, pactis clauso;* Grœnengius, *Navigatio libera;* Pontanus, *Discussiones historicæ de mari libero;* Vattel, *Droit des gens;* Hubner, *De la saisie des bâtiments neutres;* Azuni, *Droit maritime de l'Europe;* Galiani, *Dei doveri de' principi neutrali*, et autres qui, sans traiter la question générale, se sont quelquefois arrêtés à quelques-unes des difficultés accessoires. — En sens contraire, outre Selden, déjà cité : Burgus, *De dominio maris Ligustici;* Rivius, *Hist. navig. ind.*,

bornerai, laissant de côté tous les incidents historiques ou théologiques dont la question a été fort inutilement compliquée, à examiner ce point unique, à savoir si la mer est de nature à tomber sous l'empire exclusif d'un seul ou de plusieurs, et quelle est l'étendue de l'empire dont quelques-unes de ses parties peuvent être susceptibles.

Il faut d'abord distinguer entre la pleine mer et la partie de la mer la plus rapprochée du rivage; il faut distinguer aussi entre les mers qui, par leur position naturelle et géographique, sont ouvertes à tous, et celles qui sont renfermées dans les terres d'une ou de plusieurs nations.

104. Quant à la pleine mer, il me semble d'une évidence complète, qu'elle ne peut en aucun cas devenir une propriété plus ou moins exclusive; et cela par deux raisons : l'une que Grotius appelle raison morale; l'autre qu'il appelle raison naturelle.

La raison morale est que toutes les choses qui sont d'un usage inépuisable et innocent en lui-même, ne sont pas susceptibles d'appropriation, puisque personne n'a un intérêt légitime à s'approprier l'usage exclusif des choses dont un usage commun ne diminue en rien l'utilité et ne cause aucun préjudice. « Du moment qu'une chose est tellement abondante que, quelque quantité qu'on en prenne, les autres en ont encore autant qu'ils peuvent en désirer, il en résulte nécessairement que chacun pouvant s'approprier la quantité dont il a besoin, tous les autres peuvent en user de même, sans qu'ils y perdent et

lib. III, cap. XXXVII; Marisoltus, *Orbis maritimus*, lib. II, cap. X et XX; Strauchius, *De imperio maris;* Coringius, *Dissert. de imperio maris;* Roehrensee, *De jure circà aquas majestatico;* De Fretas, *De justo imperio Lusitanorum asiatico, adversus Grotii Mare liberum;* Heineccius, *De navibus ob vecturam vetitarum mercium commissis;* Puffendorf, *Droit de la nature et des gens*... — Azuni, dans son *Droit maritime de l'Europe*, t. I, p. 257, donne une idée des systèmes de quelques-uns de ces différents auteurs. — Voy. encore Martens, *Précis du droit des gens*, t. I, § 43; Kluber, § 130; Wheaton, *Droit intern.*, part. II, ch. IV, § 10; Ortolan, *Diplom. de la mer*, t. I, p. 109 et suiv.; Hautefeuille, *Droits des neutres*, t. I, p. 46 et suiv.; Hefftcr, § 73; Fiore, nouv. *Droit intern.*, t. I, p. 361; Bluntschli, *Droit intern. codif.*, n. 304 et suiv.; Calyo, *Droit internat.*, t. I, n. 204 et suiv.

sans que le droit de personne en reçoive atteinte (1). » Au contraire, les choses dont l'usage est borné, qui se consomment par l'usage qu'on en fait et qui ne peuvent pas servir à tous à la fois, cessent d'être communes aussitôt qu'elles sont occupées, ou possédées, parce que le droit de l'occupant ou du possesseur n'est pas compatible avec un usage commun. Or, la mer est d'une si grande étendue qu'elle suffit pour tous les usages que les peuples peuvent en retirer, soit qu'ils veuillent y puiser de l'eau, y pêcher, ou y naviguer (2); ses eaux sont toujours abondantes et toujours riches; toutes les nations du monde peuvent se donner rendez-vous sur la vaste étendue de l'Océan, plus vaste que les terres qu'elles habitent, et le sillonner pacifiquement de leurs navires sans que ni les unes ni les autres puissent se plaindre, même avec une apparence de raison, que leur part dans la jouissance de cet empire commun en devienne plus petite. Il y aurait donc autant d'injustice que de déraison de la part d'un peuple à vouloir un empire exclusif qui lui serait inutile, en même temps qu'il serait nuisible aux autres. « Prétendre soumettre l'onde et les vents aux signaux d'un pavillon exclusif, dit Azuni (3), ce serait adultérer les mers qu'on a autrefois voulu épouser. »

La raison naturelle ou physique, c'est que la mer n'est pas de nature à être occupée, personne ne pouvant s'y établir de manière à empêcher les autres d'y passer et de s'en servir. Il ne peut y avoir de prise de possession qu'en matière de choses bornées ou susceptibles d'être bornées, et conséquemment divisibles. Or, la pleine mer est sans bornes et indivisible. Une nation peut bien affecter l'empire des mers, y dominer jusqu'à un certain point; mais cet empire restera dans les mots, sans jamais passer dans les choses, parce que la domination qui se manifestera par un abus de la force partout où se trouvera la force, s'évanouira avec l'empire partout où la force ne sera plus. Il ne peut donc y avoir en ce qui touche la pleine mer qu'une occupation temporaire, mo-

(1) Azuni, *Droit marit. de l'Eur.*, t. II. p. 9.
(2) Grotius, *Droit de la guerre et de la paix*, liv. II, ch. II, § 3.
(3) *Droit marit. de l'Eur.*, t. II, p. 12.

mentanée et locale, qui s'efface comme l'empreinte du navire qui la sillonne, qui suit le navire partout où il va ; de telle sorte que l'occupation de l'un peut être incessamment remplacée par l'occupation de l'autre, ce qui est à la fois la conséquence et la preuve de la nature des mers placées entre les nations pour leur rester communes, comme l'air qu'elles respirent et le soleil qui les éclaire et les réchauffe (1).

Vouloir qu'une pareille occupation pût être le fondement d'un droit exclusif, ce serait asseoir une véritable prescription sur une possession incessamment interrompue et toujours troublée (2).

Suit-il de là, comme paraissent le croire certains auteurs, qui supposent des objections pour les combattre (3), que l'homme ne puisse pas s'approprier la mer pour son usage ? Non sans doute. Une seule chose est contraire à la raison et à la nature : c'est l'usage exclusif qu'un peuple prétendrait s'en attribuer. Du reste, la communauté de la mer qui résulte de son immensité et de son inépuisabilité, suppose précisément qu'elle peut être appropriée aux usages de tous les hommes.

Il y a mieux : c'est que, la mer étant à chacun et à tous, personne n'a le droit de contraindre celui qui en occupe une par-

(1) Voy. Grotius, *ubi sup.;* Vattel, *Du droit des gens*, liv. I, chap. XXIII, § 280.

(2) *Defender el uso del mare*, dit Zuarius, *De usu maris*, consil. 1, n. 4, *est contra jus naturale, quod maris usus communis est omnium : et sic quis non potest se juvare præscriptione ad impediendum et prohibendum aliquem uti mari et portu et aliis rebus ad usum communem omnium hominum deputatis*. Cet auteur ajoute (*ibid.*, n. 7), qu'il faut, pour acquérir par prescription, une possession suffisamment prolongée, et soufferte par celui contre lequel on prescrit, *ut juris principia docent*. — Mais, dit-il, *Cum hic ex parte actorum nunquam intervenit patientia, imo contradictio, et possessionis continuatio, cessat præscriptio indubitanter. Succedit ergo juris communis regula, quâ isti actores regulariter etiam habent intentionem fundatam, quod cum usus maris et portus omnibus sit communis à jure naturali, quod nemo potest prohiberi his uti.* — Bynkerskoëck, dans sa dissertation *De dominio maris*, admet qu'en principe la pleine mer est susceptible de possession et d'appropriation, mais seulement tant que dure l'occupation, ce qui revient à dire, en définitive, que cette appropriation n'est ni permanente ni incommutable.

(3) Puffendorf, entre autres, liv. IV, ch. IV, § 5; Strauchius, *De imperio maris*, cap. II, § 8.

tie, à la lui céder, parce que la place qu'il occupe lui appartient tant qu'il l'occupe (1). Un navire a droit à toute la partie de la mer qui le porte et qui lui sert de mouillage, ainsi qu'à toute celle qui lui est nécessaire pour la liberté de ses manœuvres; mais quand il a abandonné une position, il ne peut trouver mauvais qu'un autre s'en empare.

Voilà en quel sens la mer est susceptible d'appropriation; voilà en quel sens elle est libre et commune.

Donc, aucune des nations qui ont la mer pour frontière naturelle ne peut prétendre à exercer sur elle un empire soit exclusif, soit proportionnel à l'étendue de ses côtes : toutes les nations y ont un droit égal, soit que, baignées par ses eaux, leurs vaisseaux y pénètrent immédiatement, soit que, séparées d'elles, ils ne puissent y arriver qu'en descendant les fleuves dont la nature a sillonné la terre comme pour en relier toutes les parties à l'Océan qui est le centre commun du commerce du monde. Une nation ne pourrait perdre son droit à cet égard alors même qu'elle en aurait fait l'abandon formel au profit d'une autre nation (2); non-seulement cet abandon ne pourrait profiter aux autres (3), mais celle au profit de laquelle il aurait été fait ne saurait s'en prévaloir : les choses qui ne sont pas dans le commerce ne peuvent faire l'objet d'un contrat valable et on ne peut céder ce qui ne peut être conquis (4).

Il suit de là que toutes les nations peuvent naviguer en pleine mer pour leur commerce sans être jamais sujettes soit aux prohibitions, soit aux taxes établies par les lois des États les plus voisins. En pleine mer toutes les nations ont des

(1) *Dùm aliquis est piscando occupatus, et sic est in quasi possessione jure præoccupationis a jure naturali permissæ, potest alium prohibere à piscando eodem loco.* (Zuarius, *De usu maris*, consil. 1, n. 4.)

(2) Voy. cependant Hubner, *De la saisie des bâtiments neutres*, t. I, part. I, ch. III § 4; Azuni, *Droit marit.*, t. I, p. 18; Vattel, *Droit des gens*, liv. II, ch. XXIII, § 283.

(3) Martens, *Précis du droit des gens*, t. I, § 43.

(4) J'avais adopté une opinion contraire dans la première édition de cet ouvrage ; mais je l'abandonne aujourd'hui pour me ranger à celle qui a été très-dissertement soutenue par M. Hautefeuille, *Droit des neutres*, t. I, p. 70 et suiv. — Voy. aussi Heffter, § 74.

droits égaux : une nation ne pourrait donc sans un coupable abus de la force chercher à y faire prévaloir ses droits sur ceux d'une autre.

105. Mais les règles qui précèdent sur la communauté et la liberté des mers sont soumises à des restrictions fondées, comme ces règles mêmes, sur la nature des choses. La première de ces exceptions est relative aux rivages de la mer, c'est-à-dire aux parties de la mer qui sont les plus rapprochées des côtes et qui les baignent.

En effet, si la pleine mer, à raison de son immensité, qui la rend propre aux usages de tous en même temps qu'elle en empêche l'occupation, est insusceptible d'appropriation permanente et continue, il en est autrement de la mer sur les côtes : d'une part, parce que les usages auxquels cette partie de la mer est propre, sont bornés ; et, d'autre part, parce que le libre usage qui en serait fait par toutes les nations pourrait être dangereux et nuisible pour celle de laquelle on s'approcherait de trop près. La mer qui borde les côtes peut être considérée, jusqu'à une certaine distance, comme leur rempart naturel, conséquemment comme leur accessoire, et, à ce titre, elle appartient au souverain de la terre qu'elle limite ; et cela avec d'autant plus de raison que ceux qui les premiers ont occupé une côte, ont eu principalement pour but d'occuper la partie de la mer adjacente en l'affectant à leur usage, soit pour la pêche, soit pour le transport (1).

Chaque nation a donc un droit de police et de juridiction sur la partie de la mer qui borde ses côtes, et qui fait en quelque sorte partie de son territoire. Elle peut en conséquence soumettre à ses lois de douanes et de navigation tous les na-

(1) *Sed quemadmodum*, dit Bynkerskoëck (*De domin. maris*, cap. II), *simplicissima sunt cunctarum rerum initia, occupatis terris non aliud mare occupatum videri potest quam quod terras alluebat. Oras quippè tantum legebant veteres, non ausi ulteriùs committere fragilem truci pelago ratem. Igitur in mare littoribus proximum cum descenderent, animo sibi hoc habendi præcipuum, vel piscationis, vel transvectionis, vel quâ aliâ causâ, ejus dominium possessione quœrebant.*

vires qui se trouvent dans l'étendue de la mer littorale ou territoriale (1).

Mais le droit de la nation voisine sur la mer littorale n'est pas tellement absolu que cette nation puisse y interdire la navigation commerciale à ceux qui se soumettent à ses lois. Elle peut seulement en défendre l'usage aux vaisseaux de guerre (2); de telle sorte qu'à vrai dire, et en ce qui touche la navigation, un peuple n'a pas la pleine propriété de la mer littorale : il a seulement juridiction sur cette partie de la mer : « *Quamvis in mare non sit territorium*, dit Roccus (cent. 2, resp. 3, n. 10), *tamen in eo jurisdictio exercetur* (3) ; » ou plutôt sa propriété est grevée d'une servitude naturelle au profit de tous les peuples navigateurs. Cependant il en est autrement pour la pêche, qui ne peut être faite que par les habitants du littoral.

C'est, du reste, un point fort difficile à décider en théorie pure, que celui de savoir quelle est l'étendue de la mer littorale. Plusieurs opinions ont été émises; mais presque toutes arbitraires, et ayant le défaut d'exagérer sans nécessité un droit qui sera d'autant plus incontestable qu'on le renfermera dans de plus justes bornes.

Les uns déterminent cette étendue à deux journées de chemin en partant du rivage (4), sans songer qu'elle variera à chaque voyage, selon que le navire sera plus ou moins fin voilier, et selon que le vent lui sera contraire ou favorable. Les autres proposent une distance uniforme de cent milles (5); ceux-ci, moins exigeants, se contentent de soixante milles (6); ceux-

(1) Puffendorf, liv. IV, ch. v, § 8; Grotius, liv. II, ch. v, § 11 et suiv.; Heineccius, *De navib. ob vect. vetit. merc. commissis*, cap. I, § 2; Vattel, *Droit des gens*, liv. I, ch. XXIII, n. 287; Hubner, t. I, part. I, ch. III, § 5; Ortolan, t. I, p. 175; Heffter, § 75; Fiore, t. I, p. 370; Bluntschli, n. 309 et suiv.

(2) Grotius, *ubi sup.*, § 12 ; Vattel, *ubi sup.*, § 288.

(3) Bynkershoëck est d'une opinion contraire (*De dominio maris*, cap. IV).

(4) Loccenius, *De jure marit.*, lib. I, cap. IV, § 6.

(5) Casaregis, disc. 186, n. 1 et 2; Solorzanus, *De jure ind.*, lib. II, cap. VI, n. 22, et lib. III, cap. III, n. 35; d'Habreu, *De las presas*, cap. V, n. 2.

(6) Bade, ff. *De rer. div.* ; Bodin, *De la républ.*, liv. I, chap. X; et *Des représailles*, chap. dernier; Targa, *Ponderazioni marit.*, cap. II, n. 29.

là, cherchant une base, sinon uniforme, du moins plus rationnelle, proposent l'expérience de la sonde, au moyen de laquelle on assignerait pour bornes précises à la mer territoriale, l'endroit où la sonde cesserait de prendre fond (1). Mais ce moyen est insuffisant, soit parce qu'il ne permettrait pas d'assigner avec uniformité les limites de la mer territoriale, soit parce que, dans certains endroits, il ne permettrait même pas de déterminer une limite.

Il faut donc rejeter toutes ces opinions, et rechercher si la nature de la chose qu'il s'agit de délimiter n'indiquerait pas le moyen de trouver la portée du rayon dans lequel doit s'exercer sur la mer des côtes l'autorité du souverain territorial, et au delà duquel la mer échappe à son autorité pour rentrer dans la communauté universelle.

Je l'ai déjà dit : la mer n'est pas susceptible d'entrer en propriété, parce qu'elle n'est pas susceptible d'être occupée, c'est-à-dire parce qu'on ne peut la saisir et la garder pour soi de manière à empêcher les autres d'en jouir suivant leur volonté. Si donc quelques-unes de ses parties sont susceptibles d'appropriation, c'est parce qu'elles sont susceptibles d'occupation; c'est-à-dire, parce que ces parties peuvent être gardées de manière à ce que l'occupant ait le moyen d'en interdire l'usage aux autres. Donc le droit du souverain territorial sur la mer voisine cesse à l'endroit où il ne peut plus l'occuper ; en d'autres termes, à l'endroit où il ne peut plus faire respecter ses droits et son autorité au moyen des forces dont il dispose sur la côte qui la domine. Et comme la plus redoutable des forces dont l'homme dispose est le canon, qui du rivage atteint à une grande distance et protége tout l'espace qui se trouve entre la côte et le point où frappe le boulet, on doit en conclure que ce projectile, lancé à la plus grande distance qu'il lui soit donné d'atteindre, mesure l'étendue du pouvoir territorial et en assigne la limite (2). Cette distance moyenne est de trois milles environ.

(1) Valin. sur le liv. V, tit. 1 de l'ord. de 1681.

(2) Bynkershoëck, *De dominio maris*, cap. II, §§ 3 et 5; Vattel, liv. 1, chap. XXIII, § 289; Azuni, t. I, p. 252; Hautefeuille, t. I, p. 689; Heffter,

Toutefois, cette règle logique n'est pas toujours suivie. Les peuples se déterminent quelquefois une certaine distance en mer, dans laquelle ils exercent leur autorité, et qui constitue la mer territoriale pour tous ceux qui admettent cette détermination.

Sur les côtes de France, cette distance est de 2 myriamètres, ou 5 lieues, suivant une loi de douanes du 4 germinal an II. Les navires qui entrent dans ce rayon et les marchandises qu'ils portent sont aussitôt soumis aux douanes françaises. — Un grand nombre de traités fixent cette distance à 3 lieues (1).

106. Les baies et golfes font indubitablement partie de la mer territoriale, alors du moins qu'ils n'ont pas une étendue telle qu'il soit impossible d'en défendre l'entrée du rivage (2).

Il y a plus : lors même que l'ouverture du golfe ou de la baie est trop grande pour pouvoir être défendue du rivage, on doit encore, suivant Grotius (3), les comprendre dans la mer territoriale, si, d'après leur étendue comparée à celle des terres dont ils creusent les côtes, ils peuvent être censés faire partie du territoire. Cette décision se fonde sur une raison naturelle indiquée par Hubner (4). Les rades, baies ou golfes ne sont un mouillage sûr que parce que les côtes voisines brisent les courants et les vagues, et mettent les navires à l'abri de l'impétuosité des vents; de telle sorte que les bâtiments qui viennent y mouiller sont sous la protection des côtes, et par conséquent du souverain de ces côtes, dont ils ne peuvent méconnaître la souveraineté dès qu'ils se placent sous son empire.

Dans ce cas, on doit supposer une ligne tirée de l'un à l'autre

§ 75; Fiore, t. I, p. 372 (note de M. Pradier-Fodéré); Bluntschli, n. 309; Calvo, n. 188.

(1) Martens, *Précis du droit des gens*, t. I, § 40. — Voy. le traité du 11 janvier 1787, entre la France et la Russie, art. 28; celui de 1794, entre l'Angleterre et les États-Unis d'Amérique, art. 25; celui du 2 août 1839, entre la France et l'Angleterre.

(2) Vattel, liv. I, ch. XXIII, § 290 et suiv.; Martens, *Précis du droit des gens*, t. I, § 40; Bluntschli, n. 309; Calvo, n. 190.

(3) *Droit de la guerre et de la paix*, liv. II, ch. III, § 8.

(4) *De la saisie des bâtiments neutres*, part. I, ch. VIII, § 10.

promontoire, ou des îles voisines qui les prolongent; et tout l'espace compris entre cette ligne et la terre fait partie de la mer territoriale, bien qu'entre cette ligne et la terre il y ait une distance plus grande que celle qui est mesurée par la portée du canon, ou déterminée par les conventions pour l'étendue de la mer territoriale sur les côtes droites (1).

107. Les règles sur la communauté et la liberté des mers souffrent encore exception en ce qui touche les mers fermées, c'est-à-dire celles qui sont comme de grands lacs enclavés dans les terres d'une ou de plusieurs nations. Mais il y a des distinctions à faire.

S'il s'agit d'une mer exactement fermée par les terres qui l'environnent, et sans communication avec la grande mer, il est manifeste que cette mer appartient à la nation dans les terres de laquelle elle est enclavée, qui seule peut y naviguer, puisque, d'après la disposition naturelle des lieux, seule elle peut y parvenir.

Si cette mer est enclavée dans les terres de plusieurs nations, toutes ces nations y auront un droit égal : elle sera libre pour toutes les nations qui l'environnent (2); mais toutes ces nations pourront s'appliquer les unes aux autres leurs lois de douanes dans la partie de la mer qui sera réputée faire partie de leur territoire, suivant les règles indiquées plus haut, n° 105.

108. Si cette mer communique à la grande mer par un ou plusieurs détroits, la liberté des deux mers entraîne la liberté des détroits. Si ces détroits sont d'une telle largeur qu'ils ne puissent être gardés par les forts ou batteries du rivage, et qu'on puisse communiquer sans danger de la grande mer dans la petite, tous ceux qui peuvent naviguer dans l'une peuvent sans aucun doute naviguer dans l'autre (3). Et même, bien que ces détroits soient tels qu'ils puissent être gardés, la juridiction territoriale des riverains ne saurait aller jusqu'à pouvoir en interdire le passage, ou à soumettre ce passage à des conditions (4). Le péage du Sund, exemple unique en son espèce,

(1) Azuni, t. I, p. 254.
(2) Grotius, liv. II, ch. III, § 10.
(3) Vattel, liv. I, ch. XXIII, §§ 290 et suiv.
(4) Hautefeuille, t. I, p. 97 et suiv. — V. cependant Grotius, lib. II, cap. III,

dit Heffter (1), n'a pu être établi que par des traités, et les traités l'ont fait disparaître (2). Ce sont également des traités qui ont fermé les détroits des Dardanelles et du Bosphore aux pavillons de guerre des puissances étrangères, et qui, en neutralisant la mer Noire, n'ont ouvert ses eaux et ses ports qu'aux marines marchandes des autres nations (3).

109. En résumé, les mers, placées entre les continents comme pour les désunir, les unissent au contraire les uns aux autres : on ne peut franchir les déserts de sables ; la navigation franchit les plaines de l'Océan. Ce serait donc se révolter contre l'ordre établi par la Providence que d'admettre en principe le droit d'un peuple ou de plusieurs, d'interdire aux autres la navigation commerciale. Toujours et partout la navigation commerciale peut avoir lieu, sous la seule condition, de la part de ceux qui naviguent dans des eaux soumises par leur position à l'autorité du souverain des terres voisines, de se soumettre aux règles que ce souverain est autorisé à établir pour protéger le commerce de ses sujets, en même temps que pour procurer à tous une navigation sûre et commode.

La liberté de la navigation maritime n'est donc, à vrai dire, que la conséquence de la liberté des peuples, de leur souveraineté individuelle et des droits attachés à leur nationalité, qui se reconnaît en mer au pavillon sous lequel flotte le navire. De là cette règle du droit des gens qu'un navire est la prorogation du territoire de la nation à laquelle il appartient, et qu'en pleine mer, il ne peut être soumis à aucune autre juridiction que celle de son souverain : règle dont l'application a

§ 14 ; Vattel, liv. I, ch. XXIII, § 235, et Galiani, *Dei doveri dei principi neutrali*, liv. I, ch. X, § 1.

(1) § 75. — Voy. aussi Calvo, n. 193 et suiv.

(2) Voy. le traité du 14 mars 1857, entre le Danemark, la France et presque tous les États maritimes de l'Europe.

(3) On peut consulter sur ces différentes questions, au point de vue historique et positif, Martens, *Précis du droit des gens*, t. I, §§ 42 et 157 ; Heffter, § 76 ; Hautefeuille, *Hist. du droit marit.*, p. 22 et suiv. ; Calvo, n. 195 et 196. — Le dernier état de choses en ce qui touche les Dardanelles, le Bosphore et la mer Noire a été établi par la convention de Londres du 13 mars 1871.

soulevé des difficultés que nous examinerons plus tard (1).

Remarquons seulement ici que ces principes de liberté et de souveraineté ne peuvent être invoqués par les pirates, qui n'ont ni pavillon ni nationalité, et qui, ennemis de toutes les nations, peuvent être attaqués, pris et jugés partout et par toutes.

110. Les règles applicables à la navigation maritime sont-elles applicables à celle qui a lieu sur les fleuves et rivières navigables ?

Il n'est pas douteux que les raisons morales et naturelles qui s'opposent à ce que les mers puissent devenir la propriété exclusive d'un ou de plusieurs peuples, ne se rencontrent plus lorsqu'il s'agit des fleuves ou des rivières navigables : leur étendue n'est point telle qu'ils puissent toujours satisfaire à tous les usages que tous voudraient en faire ; elle n'est point telle non plus qu'ils ne puissent être facilement occupés d'une manière permanente et bien plus efficace que la mer territoriale. Les fleuves et les rivières navigables sont donc la propriété des peuples riverains, qui peuvent en régler la navigation suivant qu'il convient à leur sûreté ou à leurs intérêts, dans les termes de leurs droits respectifs (2).

111. Lorsqu'un territoire est borné par une rivière ou par un fleuve ; en d'autres termes, lorsqu'un fleuve est la limite séparative du territoire de deux nations, la règle générale et naturelle, c'est que le fleuve appartient pour moitié à chacun des deux États. Dans ce cas, le fleuve se trouve soumis à la juridiction de l'un et de l'autre peuple, qui ne sont exclusivement souverains que chacun de son côté (3).

Mais la règle d'après laquelle le fleuve qui sépare deux États appartient à l'un et à l'autre cesse, et le fleuve appartient en entier à l'un ou à l'autre, si l'un ou l'autre a en sa faveur un titre ou une possession contraire (4). C'est ainsi qu'un arrêt du

(1) Voy. *inf.*, ch. II, sect. II, § 3, art. 1, et § 5.

(2) Voy. Heffter, § 77 ; Martens, § 84. Voy. cependant Calvo, § 215.

(3) Heffter, § 66 ; Bluntschli, n. 311.

(4) Merlin, *Répert.*, v° *Rivière*, § 1, n. 4 ; Grotius, *Du droit de guerre et de paix*, liv. II, ch. III, n. 18 ; Hyeron. de Monte Brixiano, *Traité des bornes et limites*.

conseil du 22 janvier 1726, rendu à une époque où le comtat d'Avignon appartenait au pape, décida que le Rhône, qui formait la limite séparative des deux territoires, appartenait en entier à la France et que le pape n'y avait aucun droit.

Dans ce cas, et si le fleuve appartient en entier à l'un des deux États, l'État qui en est propriétaire a seul juridiction sur le fleuve; mais, dans l'un et l'autre cas, les deux États sont souverains sur leur rive, qui est indépendante du fleuve.

112. Si la rivière qui sépare deux États modifie son cours, en se retirant d'un côté pour se porter de l'autre, le terrain qu'elle abandonne accroît au territoire qui y est contigu, et les droits qui compètent à chaque peuple suivent alors la rivière ou le fleuve dans ses mouvements.

Mais si elle change complétement de lit, la limite des deux États ne change pas; elle reste à la place où elle était antérieurement. « Une rivière qui sépare deux juridictions, dit Grotius(1), n'est pas considérée simplement comme un amas d'eau, mais comme une eau qui coule dans un certain canal et qui est environnée de certains bords. C'est pourquoi les accroissements, les diminutions et les autres changements des parties qui laissent subsister le *tout* dans son ancienne forme, n'empêchent pas que la rivière ne soit regardée comme la même. Mais si la forme du tout change en même temps, ce sera une autre chose : et par conséquent, comme il se forme un nouveau fleuve lorsqu'en faisant des digues du côté de la source d'une rivière, on détourne ses eaux par un canal fait à la main ; de même, si une rivière abandonne son ancien lit, ce sera une autre rivière. De sorte que comme le milieu du lit voisin desséché demeurerait la borne commune des deux juridictions, si les eaux de la rivière étaient venues à tarir, parce que l'on doit présumer que l'intention des peuples a bien été de prendre la rivière pour borne naturelle de leurs États, mais en sorte que si elle cessait d'être rivière, chacun gardât alors ce qu'il tient : il faut dire la même chose des cas où le lit de la rivière est changé. » Alors, les droits qui appartenaient sur la rivière à celui dont elle limitait le territoire, passent à

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Rivière*, § 17.

celui dans le territoire duquel elle s'est creusé un nouveau lit (1).

113. Quant aux fleuves ou rivières navigables qui coulent au milieu d'un État, elles lui appartiennent incontestablement, et sont soumises à sa juridiction exclusive. Il en est ainsi, alors même que la source et l'embouchure des fleuves sont en dehors des limites de cet État : il n'en est pas moins le maître de la partie qui s'y trouve enclavée (2), et peut conséquemment en défendre ou en permettre l'entrée, suivant ses convenances ou son intérêt, à ceux qui naviguent au-dessous de sa source ou au-dessus de son embouchure, et les assujettir à l'observation de ses règlements de douanes. Dans ce cas, la liberté de la navigation fluviale ne peut être réclamée comme un droit par les étrangers qu'autant qu'un traité la leur a concédée, soit gratuitement, soit sous condition (3).

Lorsqu'en l'absence d'un traité, des bâtiments étrangers sont admis à naviguer dans les eaux d'un fleuve, ils sont naturellement tenus de payer les péages et autres droits de navigation établis par la nation à qui appartient le fleuve : ces droits, comme ceux qui, dans les circonstances analogues, sont établis sur des parties de la mer, dans les détroits, dans les ports ou dans les parages dangereux, étant réputés le prix d'un service rendu et le remboursement des dépenses faites pour l'entretien des lieux dans un état constant de navigabilité (4).

114. De ce que les nations ont le droit d'interdire d'une manière plus ou moins absolue l'entrée de leur territoire aux marchandises étrangères, et de défendre la sortie de leurs propres marchandises, il suit qu'elles peuvent légitimement

(1) Martens, § 39 ; Heffter, § 66. — Voy. Calvo, § 233.

(2) Grotius, *Droit de la guerre et de la paix*, liv. II, chap. II, § 12, et chap. III, § 7 ; Puffendorf, *Droit de la nature et des gens*, liv. IV, ch. V, § 3 ; Balde, t. III, consil. 293 ; Heffter, § 77 ; Wheaton, liv. II, ch. IV, § 12 ; Phillimore, *International Law,* t. I, p. 167.

(3) Voy. dans le *Droit intern.* de M. Calvo, t. I, § 217 et suiv. l'historique et le résumé des traités qui ont réglé la navigation du Rhin, de l'Escaut, de l'Elbe, du Pô, du Danube et des fleuves de l'Amérique.

(4) Voy. *sup.*, n. 111. et les traités indiqués à la note qui précède.

sanctionner leur droit en prononçant des peines contre ceux qui enfreignent la prohibition ou cherchent à se soustraire à l'acquit des taxes, au moyen de la contrebande (1), et appliquer ces peines non-seulement aux nationaux, mais aux étrangers.

115. Quant aux nationaux, il est manifeste en effet que la contrebande par eux faite étant contraire à une loi de leur pays, qui elle-même est conforme au droit des gens, le droit des gens veut qu'ils s'y soumettent, et qu'ils ne cherchent pas à établir entre eux et les étrangers des rapports que cette loi défend.

116. Quant aux étrangers, il ne saurait en être autrement.

Faisons observar d'abord, ici comme en ce qui touche le fondement et la justice des prohibitions et des restrictions considérées en elles-mêmes, qu'il ne faut pas confondre la question économique et la question légale ou jurisprudentielle. Il peut être permis aux économistes de dire que « la contrebande est le correctif le plus efficace des mauvaises lois de douanes qui entravent encore le commerce du monde; qu'elle est comme une protestation permanente des intérêts généraux contre le monopole... (2) » ; mais le jurisconsulte doit l'envisager sous un autre point de vue, et, sans avoir à se demander si elle est utile, il doit rechercher si elle est licitement faite par les étrangers dans l'État dont elle tend à frauder les lois.

La raison de douter vient de ce que le droit naturel n'établissant par lui-même aucune distinction entre les marchandises, et n'en prohibant aucune, l'individu étranger à un État dont les lois prohibent certaines marchandises ou assujet-

(1) Contrebande vient de l'italien *bando*, et de *contra*. — *Bando*, dit le vocabulaire *della Crusca*, *è legge, o decreto del principe, o de' magistrati, notificato col suono di trompa del ministro pubblico.* — Généralement *contrebande* est donc tout ce qui se fait contre la défense d'une loi ; mais, dans l'usage, ce mot s'applique exclusivement au transport, soit pour l'importation, soit pour l'exportation des marchandises prohibées ou imposées par les lois de douanes.

(2) Voy. l'art. *Contrebande*, par M. Blanqui, dans le *Dictionn. du comm. et des march.*; et le même art. dans le *Dictionn. du comm. et de la navig.*

tissent les autres à certains droits, semble au premier abord, en important ou exportant des marchandises en fraude, ne se mettre en contravention qu'avec des lois qu'il n'est pas forcé de reconnaître, et agir conformément au droit naturel et illimité d'acheter et de vendre qui appartient à tous les hommes et à toutes les nations.

Mais il n'en est pas ainsi : l'étranger qui se trouve, même momentanément, dans un lieu soumis à la juridiction d'un autre peuple, est tenu d'en respecter les lois (1) : ces lois protégent sa sûreté; par un juste retour il leur doit obéissance. Il suit de là que l'étranger qui vient acheter ou vendre dans un pays doit ne chercher à y acheter ou à y vendre que les choses qui peuvent y être achetées et vendues, et que, lorsqu'il traite dans ce pays, le droit naturel, en vertu duquel il agit, se trouve nécessairement modifié par les restrictions que l'autorité locale a pu légitimement y apporter. Si la loi naturelle confère des droits, elle impose aussi des devoirs; et le droit des gens, qui est la loi naturelle des nations, ne donne aux différents peuples le droit de commercer ensemble qu'à la charge d'observer leurs lois réciproques, puisque, s'il leur était permis de les violer, il n'y aurait plus aucun lien entre les nations, de même qu'il n'y aurait plus de lien entre les hommes s'il leur était permis de se tromper.

Les lois qui punissent sans distinction les étrangers et les nationaux coupables de contrebande, sont donc parfaitement conformes au droit des gens (2).

Au surplus, la question qui ne peut se présenter, comme je l'ai dit, à l'égard de la contrebande faite par les nationaux, ne peut se présenter davantage à l'égard de la contrebande faite entre deux peuples liés ensemble par des traités de commerce, dont l'objet est de déterminer réciproquement les

(1) Cette proposition sera plus complétement démontrée *inf.*, tit. II, ch. I, sect. I, § 2. — Voy. aussi sect. I, § 2, art. 1.

(2) Les lois françaises punissent la contrebande d'amende, de confiscation de la marchandise et des moyens de transport, d'emprisonnement dans certains cas, sans préjudice de peines plus graves lorsqu'il y a rébellion, attaque avec violences et voies de fait. (L. 28 avril 1816; Code pénal, art. 109 et suiv.)

prohibitions ou les restrictions qui atteignent leurs marchandises respectives. Car, dans ce cas, les lois de douanes de l'un des peuples étant reconnues par l'autre, les individus qui font partie de l'un ne peuvent contrevenir aux lois de l'autre, sans contrevenir aux propres lois de leur pays.

117. Telles sont les notions principales que j'avais à donner sur les rapports des peuples relativement au commerce étranger. Mais les règles qui précèdent n'ont lieu qu'entre nations qui vivent en paix les unes avec les autres; entre bélligérants, au contraire, ces rapports se trouvent profondément modifiés par l'état de guerre, qui par contre-coup peut aussi porter atteinte aux droits des non-belligérants ou des neutres. L'exposition des conséquences de cet état de guerre fait l'objet du chapitre suivant.

CHAPITRE II

DU COMMERCE EN TEMPS DE GUERRE.

SOMMAIRE. — 118. Ce que c'est que la guerre. — 119. Guerre offensive, défensive, auxiliaire. — 120. Elle doit être juste dans son principe comme dans ses conséquences. — 121. But de la guerre. Elle est une relation d'État à État, et non d'homme à homme. — 122. La guerre ne doit atteindre que les ennemis et non les neutres. — 123. Différence entre la guerre continentale et la guerre maritime. — 124. Division.

118. La guerre est un moyen de vider par la voie des armes un différend entre deux peuples qui n'ont pas de supérieur commun auquel le jugement pacifique de la contestation puisse être remis (1).

119. Elle est offensive quand on demande ce qu'on prétend être dû, que ce soit le payement d'une dette, la réparation d'une injure, ou une garantie pour l'avenir. — Elle est défensive quand on résiste et qu'on se refuse à payer ou à faire ce

(1) Alb. Gentilis, *De jure belli*, comment. 1, in pr.; Heffter, § 113; Phillimore, *Comm.*, n. 49 et 50; Fiore, t. II, p. 238; Calvo, §§ 688 et suiv.

qui est demandé. — Elle est auxiliaire, quand on prête secours à celui qui attaque ou à celui qui se défend (1).

120. Mais, dans tous les cas, elle doit être juste dans son principe, c'est-à-dire qu'elle doit avoir pour objet, de la part de celui qui attaque, une chose réellement due, ou qu'il croit réellement due; et de la part de celui qui se défend, une résistance à une demande qu'il croit injuste (2). Car il n'est pas plus permis de demander ce qui n'est pas dû, ou de refuser ce qui est dû, les armes à la main, qu'il ne le serait de former une telle demande ou de s'y refuser devant un tribunal qui aurait le droit de juger pacifiquement les parties.

Par la même raison, elle doit être juste dans ses conséquences, c'est-à-dire, qu'elle doit être faite d'une manière conforme au droit et aux lois éternelles de l'humanité et de la justice, et qu'elle ne doit pas être un moyen d'obtenir plus que ce qui est dû, soit comme cause de la guerre, soit à titre de réparation. Que les lois donc se taisent au bruit des armes, dit Grotius; mais seulement les lois civiles et judiciaires qui n'ont lieu qu'en temps de paix, et non pas les lois perpétuelles, qui sont de tous les temps (3).

121. Or, de ce que les lois de l'humanité et de la justice sont des lois de tous les temps dont la guerre ne peut étouffer la voix, il résulte que si la nature même de la guerre, et l'é-

(1) On distingue aussi la guerre *mixte*, ainsi appelée parce qu'elle est publique de la part du gouvernement établi, et privée de la part du peuple qui résiste à son autorité (Grotius, liv. I, ch. III, § 1; Wheaton, part. IV, ch. I, § 7; Kluber, § 235, note *a*); la guerre *parfaite* et la guerre *imparfaite* (Wheaton, *ib.*, Vergé sur Martens, t. II, p. 211 et suiv.); la guerre *légale* ou *illégale* (Vattel, liv. III, ch. IV, §§ 67 et 68, et chap. XII, §§ 188 à 192); les guerres d'*indépendance;* les guerres *religieuses*, *politiques*, de *conquêtes*, *nationales;* les guerres d'*intervention;* les guerres *civiles*, dont la dénomination indique la cause, l'objet et le but. Voy. M. Calvo, t. II, § 689 et suiv.

(2) *At vero ut neuter bellantium injustè agat fieri sanè potest* : *injustè enim agit nemo nisi qui et scit se rem injustam agere : multi autem id nesciunt. Sic justè, id est bonâ fide litigari potest utrinque.* (Grotius, lib. II, cap. XXIII, § 13, n. 2.) V. Heffter, § 113; Kluber, §§ 41 et 237; Bluntschli, §§ 515 et suiv.; Calvo, t. II, §§ 702 et suiv.

(3) *Sileant ergo leges inter arma, sed civiles illæ et judiciariæ et pacis propriæ, non aliæ perpetuæ et omnibus temporibus accommodatæ.* (Proleg., § 26.)

tat de violence réciproque dans lequel les belligérants se trouvent jetés, les autorise à faire à l'*ennemi* autant de mal qu'il est nécessaire pour le forcer d'être juste, ou pour obtenir la réparation qui lui est due, ils ne peuvent pas lui en faire au delà (1), et qu'ils ne sont autorisés à faire du mal qu'à l'*ennemi*, parce que c'est l'ennemi et l'ennemi seul qu'ils ont intérêt à forcer d'être juste. Et comme le droit de guerre est fondé sur la nécessité imposée à un peuple de faire violence à un autre peuple, l'un et l'autre envisagés collectivement, il en résulte que la guerre est une relation d'État à État, et non d'individu à individu, un rapport des choses et non des personnes; de telle sorte qu'entre deux ou plusieurs nations belligérantes, les particuliers dont ces nations se composent ne sont *ennemis* ni comme hommes, ni même comme citoyens, et qu'ils ne le sont que lorsqu'ils agissent au nom et comme représentants de l'État ou de la nation, c'est-à-dire lorsqu'ils sont soldats ou lorsqu'ils se livrent personnellement à des actes d'hostilité (2). Il suit de là que les belligérants ne sont nullement fondés en droit, ni à faire du mal aux citoyens de l'État avec lequel la guerre a lieu, tant que ces citoyens ne prennent pas les armes et ne revêtent pas individuellement le caractère d'ennemis; ni à répéter contre ces citoyens ce qui leur est dû, soit comme cause, soit comme réparation de la guerre; ni à troubler les relations pacifiques et commerciales sans rapport avec l'état de guerre qui, en introduisant l'inimitié entre deux ou plusieurs États, ne l'a pas introduite entre les hommes qui les composent (3).

Il n'est que trop vrai que les citoyens sont souvent parties nécessaires dans les différends qui interviennent entre les nations ou leurs gouvernements, et que c'est au prix de leur sang et de leur fortune que les guerres se soutiennent. Mais le sang des uns versé, n'autorise pas à verser le sang des autres ; la ruine n'appelle pas la ruine. L'effet prouve la cause, mais ne la jus-

(1) Rayneval, liv. III, ch. v, § 1.
(2) Portalis, le père, *Discours au Conseil des prises* du 14 flor. an VIII.
(3) Voy. cependant Hautefeuille, *Des propriétés privées des sujets belligérants sur mer*, brochure.

tifie pas ; et c'est une vieille erreur dont l'expérience n'a pas fait une vérité, que de prétendre que l'intérêt même du prompt rétablissement de la paix commande d'attaquer dans son industrie, dans son commerce, l'État auquel on fait la guerre. Les guerres qui pendant ce siècle ont ensanglanté l'Europe, prouveraient au besoin que l'acharnement des peuples les uns contre les autres croît en proportion du mal qu'ils se font, et que le désir d'obtenir la paix n'est pas toujours dans la proportion du fléau qu'apporte la guerre.

122. Si l'état de guerre n'autorise pas les belligérants à traiter en ennemis les citoyens des nations ennemies, à plus forte raison n'autorise-t-il pas à traiter en ennemis les citoyens des nations non belligérantes ou neutres qui restent en dehors des querelles de leurs voisins.

123. Cependant ces vérités si incontestables n'ont pas toujours été admises : tantôt on a nié le principe; tantôt, en avouant le principe, on a nié les conséquences. Et par une contradiction qui s'explique, mais ne se justifie pas, lors même qu'on a reconnu jusqu'à un certain point, dans les guerres continentales, la rigueur du principe qui exige (l'État seul étant considéré comme ennemi) le respect des personnes et des propriétés particulières, on s'en est départi dans les guerres maritimes : sur mer, tout individu appartenant à l'État ennemi, les commerçants surtout, ont été réputés ennemis ; et on a étendu aux bâtiments, aux marchandises du commerce, aux propriétés des particuliers, le droit de conquête, qui ne peut s'appliquer qu'à ce qui appartient à l'État. Bien plus : on ne s'est pas contenté, dans les guerres maritimes, de traiter en ennemis les citoyens de l'État ennemi et leurs propriétés particulières ; on a étendu aux nations non belligérantes et neutres l'application de cette théorie du droit du plus fort, et les mers sont devenues, en temps de guerre, le théâtre d'un brigandage organisé qui, sous le nom de course maritime, ruine réciproquement le commerce des belligérants et des neutres, sans profit pour les États qui l'autorisent, et pour le seul bénéfice des corsaires déprédateurs.

Que, dans les temps anciens, où tout étranger était réputé

ennemi, *hostis* (1); où chaque citoyen était soldat; où les guerres avaient pour objet direct le butin, la conquête et l'asservissement des pays et des individus, la guerre ait été en réalité déclarée non-seulement aux nations, mais encore aux individus qui les composaient (2); qu'alors la guerre entre les États soit devenue la guerre entre les particuliers, et n'ait respecté ni les biens ni les personnes, on le comprend; et cependant, au rapport de Pline (3), le premier soin des généraux romains était de protéger le commerce contre les effets de la guerre et de veiller à ce qu'il ne fût pas interrompu. Mais que dans les temps modernes, où la constitution nouvelle des sociétés et des États diffère si profondément de celle des anciens peuples; où les relations journalières ont établi et tendent sans cesse à consolider une sorte de cosmopolitisme commercial; où les armées régulières, permanentes et soldées ont remplacé les armées irrégulières; où les gouvernements ne se font plus la guerre pour piller les pays conquis, et réduire les vaincus en esclavage, mais pour des intérêts plus nobles d'honneur national, de prépondérance, d'équilibre ou de commerce, on ait admis quelquefois sur terre, et trop souvent sur mer, un système de déprédation qui s'attaque aux particuliers et surtout aux commerçants et à leurs biens; qui ne respecte pas même le commerce des neutres; qui, d'une guerre publique de gouvernement à gouvernement, la seule qui soit compatible avec l'état de société, fait une guerre privée d'homme à homme, et replonge ainsi momentanément les individus dans l'état sauvage; qui souille, par les sanglantes spéculations de l'intérêt privé, les guerres entreprises par des raisons d'intérêt public: c'est un anachronisme qui ne se comprend pas.

(1) *Hostis appellatione peregrinus significabatur; quia æquo jure is esset cum populo romano; est enim* HOSTIRE ÆQUARE... *itaque et hostis mox, quocum gerimus bellum, quia is nobis est æqualis.* (Alb. Gentilis, *De jur. bell.*, comm. I, in pr.)

(2) Voy. les modèles de déclarations de guerre rapportés par Tite-Live, liv. I, ch. XXVII, n. 13, et liv. XXXI, ch. VI, n. 1. — Voy. surtout celui que rapporte Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, liv. XVI, ch. XIV. — Grotius, liv. III, ch. II, § 2, n. 5.

(3) *Curve romani duces primam semper in bellis commerciorum habuêre curam?...* (*Hist. nat.*, liv. XXVI, cap. IV.)

Cependant cet état de choses existe : c'est un fait qui peut même engendrer un droit; car lorsque l'un des belligérants fait quelque chose outre ou contre les droits de la guerre, il autorise par cela même et dans certaines limites, son ennemi à en faire autant : celui qui se met hors du droit ne peut invoquer le droit. Si donc il est facile de déterminer en principe l'étendue des droits de la guerre, il n'est pas aussi facile de la déterminer dans l'application, parce que les difficultés naissent alors le plus habituellement, surtout en ce qui touche le commerce réciproque des ennemis et des neutres, de l'oubli même des principes (1).

124. Je vais donc entrer dans quelques explications, d'abord sur les effets de la guerre quant aux sujets ou citoyens des États ennemis; ensuite sur les effets de la guerre quant aux neutres; puis enfin sur les effets communs aux ennemis et aux neutres, et particulièrement sur les prises. Dans ces explications, je me crois capable de me dégager de l'influence des malheurs présents; de me souvenir, en examinant les principes, qu'un livre de doctrine doit être fait, autant que possible, pour tous les temps, pour tous les lieux, pour tous les peuples, et ne doit pas être un livre de polémique suscité par les événements contemporains et subordonné dans ses solutions aux circonstances particulières d'un état de choses déterminé.

SECTION I. — Des effets de la guerre quant aux citoyens des nations ennemies.

§ 1. — *Règles communes aux guerres continentales et maritimes.*

Sommaire. — 125. Phases diverses de la guerre. — 126. État intermédiaire entre la guerre et la paix. Représailles sur les biens de l'État. — 127. Représailles sur les biens des particuliers. — 128. Usages modernes. — 129. Traités qui autorisent des représailles. — 130. Représailles par rétorsion. — 131. Lettres de représailles. — 132. Embargo. — 133. Saisie de biens. Renvoi. Marchands allant aux foires. — 134. A qui peuvent être accordées les lettres de représailles. Droits qu'elles confèrent. — 135. Lettres de re-

(1) Voy. Heffter, § 119 et suiv.; Hautefeuille, *Droit des nations neutres*, t. I, p. 148 et suiv.; Bluntschli, § 499 et suiv.; Kluber, § 262; Calvo, t. II, § 833.

125. La guerre a plusieurs phases : elle commence; elle se poursuit; elle finit. La position des individus, et particulièrement des commerçants, bien qu'elle doive être la même à ces diverses époques, y reçoit cependant des modifications.

La guerre se fait sur terre et sur mer ; et l'oubli des principes a établi pour la guerre maritime des règles toutes différentes de celles qui sont généralement suivies sur terre.

Dans l'appréciation des difficultés que je me propose d'examiner, il ne faudra pas perdre de vue les différentes conditions de temps et de lieu dans lesquelles les questions peuvent se présenter.

126. Lorsque naît une cause de guerre, lorsqu'une nation éprouve de la part d'une autre un déni de justice qui l'autorise à recourir à la voie des armes et à remettre à la force la décision de son droit, il arrive quelquefois que la nation qui se prétend créancière (à quelque titre que ce soit), au lieu de prendre les armes et de déclarer la guerre, saisit les biens ou les créances qu'ont chez elle, ou la nation débitrice elle-même, ou quelques-uns de ses membres. Cette saisie qui, sous le nom de réprésailles, précède la guerre et la provoque sous prétexte de l'éviter, est fondée en droit, quant aux biens de la nation débitrice ; c'est elle qui doit, c'est elle qui paye. Mais il n'en est pas ainsi quand cette saisie ou ces représailles ont pour objet les biens des sujets de la nation débitrice, les bâtiments et les marchandises des commerçants, ou leurs créances. Je ne crois pas qu'ils puissent être justement saisis.

127. En droit naturel, nul n'est tenu du fait d'autrui : c'est une règle de bon sens. Ce qui est dû par un *corps*, par une universalité, n'est même pas dû par les membres qui le composent. « *Si quid universitati, singulis non debetur*, dit Ulpien, *nec quod debet universitas, singuli debent* (1). » Si l'État doit, les citoyens qui composent l'État ne sont pas obligés de faire figurer la dette publique parmi leurs dettes particulières. Il est bien vrai que, tenus envers l'État de subvenir pour leur part et portion aux besoins publics, ils auront à contribuer au payement de la dette ; mais alors ils payeront, non pas la dette de l'État envers la nation créancière, mais leur dette propre envers l'État dont ils sont membres (2); c'est-à-dire que l'État débiteur répétera contre chaque citoyen sa part dans la dette commune. Quant au créancier, il n'a que le droit d'agir contre l'État, collectivement, *ut universi;* il ne peut agir contre les particuliers qui le composent, individuellement, *ut singuli.*

Cependant Grotius (3), tout en admettant ces principes, dit qu'il a pu être établi et qu'il a été effectivement établi par le droit des gens *arbitraire*, que tous les biens corporels et incorporels d'un État sont en quelque sorte hypothéqués à la dette de l'État ou de son chef, ce qui n'est pas si contraire à la nature qu'on n'ait pu le faire passer en loi par une sorte de consentement *tacite :* car, ajoute-t-il, une caution est bien obligée pour autrui, par son consentement seul, sans autre raison.

Mais d'abord, un cautionnement ne peut jamais résulter d'un accord *tacite ;* il ne se présume pas; il doit être exprès. C'est là une règle du droit civil (4) qu'on peut sans crainte transporter dans le droit des gens, parce qu'il est dans la nature des choses que personne ne soit présumé s'être engagé pour autrui.

Ensuite, le consentement tacite articulé par Grotius résulterait, suivant lui, de la forme des anciennes déclarations de

(1) L. 7, § 1, liv. III, tit. IV. *Repræssalias in singulos cives alicujus civitatis non dari, ob sponsionem et debitum ipsius civitatis, hinc colligitur*, dit Godefroy sur cette loi. — Voy. aussi Novell. 52 in pr. et cap. I.

(2) Voy. Sénèque, *De beneficiis*, lib. VI, cap. XIX et XX.

(3) *Droit de la guerre et de la paix*, liv. V, ch. II.

(4) *Cod. civ.*, 2015.

guerre, et de ce qui se pratiquait chez les peuples de l'antiquité, qu'il donne pour exemples. Mais comment les peuples et les sociétés modernes se trouveraient-ils engagés par le consentement tacite que les Grecs ou les Romains auraient donné à un état de choses compatibles peut-être avec leurs mœurs publiques et l'idée qu'on se faisait alors de la guerre et du droit de représailles, mais qui, assurément, n'est plus d'accord avec nos mœurs publiques et privées? L'erreur de Grotius, sur ce point comme sur beaucoup d'autres, vient de ce que, au moment où il écrivait, l'Europe sortait à peine du système féodal et du moyen âge, dont les usages avaient souvent exagéré les idées anciennes sur la guerre, et établi un droit public qui reposait sur la force plutôt que sur la justice. Les vassaux de chaque seigneur féodal, les sujets de chaque souverain se vexaient réciproquement, et il semblait que le moyen le plus naturel d'obtenir justice fût de se la rendre soi-même en exerçant des représailles, soit avec l'autorisation du seigneur ou du souverain, soit sans son autorisation, et de piller après avoir été pillé (1). Grotius n'a pu, à son insu, échapper à l'influence des temps qui venaient de finir, et il a pris la maladie d'une époque pour l'état normal de la société. C'est là, au surplus, le défaut de sa méthode. En voulant fonder le droit des gens universel plutôt sur les usages et sur les faits que sur les principes du droit naturel, il s'est exposé à lui faire subir les variations des temps et des lieux, et à lui donner pour appui des faits auxquels le temps et les circonstances avaient enlevé toute autorité (2). Le droit de représailles a pu sans doute, comme on le verra plus tard, être établi, soit dans les temps anciens, soit dans les temps modernes, par quelques

(1) Voy. à cet égard les traités spéciaux sur les représailles, de Bartole, de Cujas, de Martinus Laudensis, de Bynkershoëck, *Quæst. jur. publ.*, lib. I, cap. XXIV, et de Jacobus à Canibus; et le *Traité des prises* de Martens.

(2) Grotius dit plus loin, iv. III, ch XIII, que le consentement tacite duquel il fait résulter le droit de représailles ne se présume pas avec autant de force lorsqu'il s'agit de ia dette qui naît de l'obligation de réparer une injure, que des dettes qui ont pour cause une chose due. Mais n'est-ce pas là reconnaître l'inefficacité du consentement tacite, et manquer de logique, ainsi que le fait avec raison remarquer Barbeyrac dans ses annotations?

traités particuliers de peuple à peuple; mais s'il a pu entrer dans le droit de ces peuples tant que ces traités ont subsisté, ce n'est pas une raison pour qu'il soit devenu une loi universelle des nations.

Aussi d'autres publicistes entrant plus avant dans la difficulté, ont-ils complétement négligé le prétendu consentement tacite dont argumente Grotius, et donné pour fondement au droit de représailles sur les biens des particuliers une sorte de solidarité naturelle qui rendrait tous les citoyens d'un État responsables des dettes de l'État. Suivant eux, une injustice faite au citoyen d'un État, étant censée commune à toute la société qui a le droit d'en demander satisfaction, il en résulte que, réciproquement, tous les citoyens d'un État sont solidairement responsables de l'injustice commise par leur chef ou par un de leurs concitoyens. Tel est le raisonnement indiqué d'une manière assez obscure par Barbeyrac, dans ses annotations sur Grotius (1), et très-nettement formulé par Puffendorf (2) et M. de Rayneval (3). Mais il est plus spécieux que solide. Si l'État est en droit de demander satisfaction de l'injure faite à l'un de ses membres, c'est parce que l'État représente la société, qu'il en exerce le pouvoir, et qu'il a pour mission spéciale de protéger tous ceux qui la composent. Mais comme les citoyens ne se représentent pas les uns les autres, et que, pris individuellement, ils ne représentent pas l'État, il n'y a pas de raison pour les rendre personnellement et individuellement responsables de l'injure faite par un de leurs concitoyens ou par l'État. Il n'y a là aucune réciprocité possible entre les droits et les obligations de l'État et ceux des citoyens. La seule réciprocité qu'il soit juste d'admettre, c'est que de même que l'État a le droit de demander réparation de l'injure faite à un citoyen, de même aussi il est responsable de l'injure dont un citoyen se serait rendu coupable : il a action, on doit avoir action contre lui. Mais il serait souverainement injuste d'ouvrir à un État une action contre les citoyens d'un

(1) Sur le liv. III, ch. II, § 2, n. 1.

(2) *Droit de la nature et des gens*, liv. VIII, ch. VI, § 13.

(3) *Institut. du droit de la nature et des gens*, liv. II, ch. XII, § 4.

autre État, auxquels, en tant que citoyens, ne compète aucune action. Sans doute, comme j'ai déjà eu occasion de le dire, les citoyens d'un État sont soumis à une certaine responsabilité envers leur État, auxquels ils doivent fournir par contribution le moyen d'acquitter la dette publique; mais là s'arrêtent leurs obligations; et jamais l'État ou le souverain étranger ne peut, comme par l'effet d'une subrogation, exercer contre eux les droits de l'État dont ils font partie (1).

128. Voilà, si je ne me trompe, les vrais principes que jamais on n'aurait dû oublier : l'ivresse du succès, le prestige de la force, les vapeurs de l'intérêt, ont pu les obscurcir. Mais la froide raison doit en rétablir la puissance ; et on doit reconnaître à l'honneur des temps modernes que l'usage des représailles sur les biens des particuliers, et aux profit des particuliers, est aujourd'hui abandonné, et on ne trouve plus de traités qui autorisent cette sorte de représailles (2).

129. Dans tous les cas, des traités de cette nature, constituant une véritable confiscation des propriétés particulières sur lesquelles ils autoriseraient des réprésailles, seraient aujourd'hui aussi contraires au droit des peuples qu'au droit des individus.

130. Il est cependant un cas dans lequel les représailles sont légitimes, c'est lorsqu'elles ont lieu par *rétorsion* (3). La rétorsion est l'emploi que fait une nation contre une autre nation des moyens que celle-ci emploie à son égard. Il doit y avoir entre les peuples égalité de droits et de moyens : une nation ne peut trouver mauvais qu'on emploie contre elle les moyens dont elle-même a fait usage contre son adversaire. Alors la politique autorise ce qui est contraire au droit absolu, parce qu'il y a des choses qu'on est obligé de faire pour se défendre contre ceux qui les font, ou qu'on sait capables de les faire. Il

(1) Voy. Ortolan, *Diplom. de la mer*, t. I, p. 379 et suiv.

(2) Voy. Wheaton, part. IV, chap. I, § 2 ; Ortolan, t. I, p. 396; Heffter, § 110; Kluber, § 252; Phillimore, t. III, part. IX, ch. VI; Fiore, t. II, p. 299, et suiv.; Calvo, t. II, § 721 ; Morin, *Lois de la guerre*, t. I, p. 151 et suiv.

(3) Vattel, t. II, § 341 ; Martens (édition Ch. Vergé), t. II, § 254 ; Heffter, § 111; Phillimore, t. I, § 16, t. II, § 8; Bluntschli, § 505; Kluber, § 234; Calvo, t. I, § 673.

y a d'ailleurs, entre la rétorsion et les représailles, cette différence très-bien signalée par Heffter, que la rétorsion a pour but de faire cesser des actes d'iniquité, tandis que les représailles ont pour objet de faire obtenir une réparation de lésions commises (1).

Examinons maintenant quelles circonstances donnent lieu à représailles, et comment elles doivent être exercées.

131. Les représailles peuvent avoir pour cause, soit une dette envers l'État, soit une dette envers les particuliers. Quand elles ont pour cause une dette envers l'État, c'est l'État qui se rend justice en capturant ou saisissant les biens des particuliers de la nation débitrice. Mais quand elles ont pour cause une dette envers les particuliers, ceux-ci ne peuvent se rendre justice eux-mêmes : c'est à leur État à les défendre et à les protéger. On admettait même autrefois que l'État pouvait leur déléguer une partie de sa puissance pour les autoriser à se rendre justice (2), en leur accordant des *lettres de représailles* (3). Dans tous les cas, les représailles ne peuvent avoir lieu qu'autant que le déni de justice d'où naît la dette est constant, et que la nation qui l'a commis a été mise en demeure de le réparer. On ne peut agir *ex abrupto* (4).

132. L'État qui exerce des représailles, saisit le plus ordinairement les navires de la nation débitrice qui se trouvent dans ses ports. C'est ce qu'on appelle mettre l'*embargo*, ou fermer les ports. Si les lois de la justice et de l'équité étaient en-

(1) Heffter, § 111.

(2) Bynkershoëck, *Quæst. jur. pub.*, lib. I, cap. XXIV; Valin, *Des prises*, t. I, p. 320; *Ord. de la marine*, tit. *Des représailles*, art. 1 ; Rayneval, liv. II, ch. XII, n. 6 ; *Trait. d'Utrecht*, art. 16 ; Martens, t. II, § 260.

(3) Il y a des exemples de lettres de représailles accordées par le Parlement de Paris, les 12 juillet 1345 et 14 février 1392. Mais une ordonnance de 1485, rapportée par Chardon (*Code des prises*), avait abrogé cet usage, et réservé au roi ce droit essentiel de la puissance souveraine. Voy. Bouchaud, *Théorie des traités de commerce*, p. 483 et suiv. ; et *inf.*, n. 162. Cependant en 1778, le gouvernement français a accordé à deux armateurs de Bordeaux, auxquels les Anglais avaient capturé des navires sous prétexte qu'ils portaient des munitions aux Américains, des lettres de représailles sur les biens des sujets du roi d'Angleterre jusqu'à concurrence de la valeur des captures. V. Calvo, t. I, § 675.

(4) Voy. l'article précité du traité d'Utrecht.

core écoutées quand la force domine, on ne concevrait pas qu'il pût être permis de saisir, pour le payement d'une dette de laquelle ils ne sont tenus ni naturellement ni civilement, les bâtiments du commerce et les marchandises particulières qui sont venus dans les ports sous la garantie de la foi publique, et avant toute contestation : on concevrait tout au plus qu'il fût permis d'arrêter les bâtiments qui y sont venus dans un temps où la contestation qui divise leur nation et celle chez laquelle ils se rendent, avait acquis un degré de notoriété tel qu'ils dussent être présumés savoir à quoi ils s'exposaient en y allant. Mais à cet égard l'oubli des principes a été porté à un tel point, que souvent il a été dangereux de se fier même aux traités de commerce qui renfermaient des stipulations sur la matière, et qui, en cas de contestation, déterminaient un délai pour la retraite des navires (1). Il est, du reste, à l'honneur de notre époque, que dans les dernières guerres de Crimée et d'Italie et dans la guerre récente entre la France et l'Allemagne, il n'a pas été fait usage du droit d'embargo : le gouvernement français a déclaré officiellement qu'il donnait aux navires prussiens un délai suffisant pour sortir de ses ports.

133. Comme il est plus facile de s'emparer des navires qui sont dans les ports et de leur cargaison que des marchandises qui sont en magasin et des autres propriétés particulières situées dans l'intérieur du territoire, c'est habituellement sur les premières que tombe l'effet des représailles : les autres courent un danger plus réel quand la guerre est déclarée. C'est aussi en parlant des effets de la guerre déclarée que je m'occuperai de la saisie qui peut en être faite. — Je dirai seulement ici que, d'après d'anciens docteurs, les marchands qui allaient aux foires n'étaient pas soumis aux représailles ; d'autres, au contraire, ne les en affranchissaient que lorsqu'ils y étaient arrivés (2).

(1) Rayneval, liv. II, ch. XII, § 7 ; Vattel, liv. III, ch. IV, § 63 ; Heffter, § 112; Hautefeuille, t. III, p. 426. — Voy. *inf.*, sect. III, § 2.

(2) Voy. Jacobus à Canibus, *De repræss.*, n. 41 ; Grotius, lib. III, cap. II, § 7, n. 3? ; Donker, *De jure nundinarum*, cap. IV, § 2.

134. Les particuliers qui voulaient exercer des représailles, quand les représailles étaient admises, devaient s'adresser à l'autorité publique, qui, sur la justification par eux faite du déni de justice ou de l'injure qu'ils avaient reçue, leur déléguait une partie de son droit en leur délivrant des lettres de représailles en vertu desquelles ils pouvaient faire armer des bâtiments et courir sus aux propriétés publiques ou particulières de la nation débitrice (1). Ces lettres pouvaient être accordées non-seulement aux nationaux, mais encore aux étrangers autorisés à résider dans l'État, parce que la protection de l'autorité publique était due aux uns comme aux autres (2). Les prises qui étaient faites en vertu de ces lettres de représailles ne devenaient pas la propriété des capteurs ; elles devaient seulement être séquestrées, vendues, et le prix leur en être attribué jusqu'à concurrence de la dette et de ses accessoires. Le surplus devait être restitué aux capturés (3).

135. La justice, qui ne perd jamais ses droits, même lorsqu'il s'agit des conséquences d'un fait dont le principe est injuste, voulait que si les lettres de représailles étaient accordées sur un faux exposé, celui qui les avait obtenues et qui en avait fait usage, fût tenu d'indemniser ceux qu'il avait injustement vexés et déprédés, en leur restituant la valeur des choses prises, avec dommages-intérêts. Tel est le sentiment de tous les publicistes (4) ; et l'ordonnance de la marine de 1681, conforme en ce point aux anciens usages constatés par le *Guidon de la mer*, voulait dans ce cas que le capteur fût condamné à payer au capturé le quadruple de la valeur de la prise (5).

136. La justice veut encore que ceux qui ont souffert par l'effet des représailles, même alors qu'elles sont réputées jus-

(1) Les exemples modernes des lettres de représailles sont fort rares. Le *Code des prises* de Chardon, t. I, p. 25, et celui de Dufriche-Foulaine, t. I, p. 65, n'en citent que trois postérieurs à l'ordonn. de 1681.

(2) *Guidon de la mer*, ch. x, art. 2 ; Martinus Laudensis, *De repræssaliis*, n. 22; Bartole, *Tract. repræss.*; Valin, *Des prises*, t. I, p. 225.

(3) Grotius, liv. III, ch. II, § 7, n 5; Azuni, *Droit marit. de l'Europe*, t. II, p. 436; Ord. de 1681, tit. *Des représ.*, art. 6.

(4) Loccenius, *De jure marit.*, lib. III, c. IV, § 9 ; Jacobus à Canibus, *De repræss.*, n. 47 ; Azuni, *Droit marit.*, t. II, p. 438.

(5) L. 5, au *Code de naviculariis*, tit. I, liv. XI.

tes, aient un recours en indemnité contre l'État dont ils ont payé la dette : les particuliers sur lesquels est tombé l'effet des représailles ont payé comme cautions de leur gouvernement : c'est donc à leur gouvernement, débiteur principal, à leur rembourser tout ce qu'ils ont payé ou perdu pour lui (1). Il en serait de même, bien que les représailles eussent pour cause la dette d'un particulier, parce que dans ce cas la dette du particulier est devenue celle de l'État ou du gouvernement, qui, par son refus de rendre justice au créancier, a donné lieu aux représailles.

137. Ce que le droit des gens pur ne permet pas de faire avant la guerre déclarée, et par forme de représailles, il ne le permet pas davantage lorsque la guerre a éclaté. L'état de guerre, en succédant à l'état de paix, ne modifie en rien les droits naturels des particuliers, auxquels l'abus de la force peut seul porter atteinte ; et si, en temps de guerre, le commerce cesse entre les citoyens des nations belligérantes, ce n'est pas que le droit des gens véritable le veuille ainsi, c'est que les mauvais penchants de la nature humaine se réveillent et se développent sous l'influence de l'ardeur guerrière, que la confiance s'éteint dès qu'elle n'a plus de garanties ; et que le commerce, qui vit de sécurité, s'accommode mal des accidents inséparables du désordre qui suit l'état de guerre.

138. Les personnes et les propriétés particulières sont donc inviolables en temps de guerre aussi bien qu'en temps de paix, comme je crois l'avoir déjà démontré (2). Ainsi le souverain qui déclare la guerre ou à qui elle est déclarée ne peut retenir prisonniers les sujets de l'ennemi qui se trouvent dans ses États au moment de la déclaration, non plus que les effets

(1) Grotius, liv. III, ch. II, § 7, n. 6 ; Valin, *Des prises*, t. I, p. 340 ; Rayneval, liv. II, ch. XII, § 4.

(2) Voy. *sup.*, n. 121. — Bynkershoëck soutient le contraire ; mais il fonde son opinion sur une fausse idée de ce qu'on doit entendre par ennemi, et des droits de la guerre ; l'exagération même de sa proposition en démontre l'erreur : « *Et sanè*, dit-il, *cùm ea sit belli conditio, ut hostes sint omni jure spoliati proscriptique, rationis est quascumque res hostium, apud hostes inventas, dominum mutare et fisco cedere.* (*Quæst. jur. publ.*, lib. I, *De reb. bell.*, cap. VII.) Voy. aussi la brochure précitée de M. Hautefeuille, sur *la Propriété privée des sujets belligérants*.

mobiliers. Les sujets étrangers sont venus chez lui sous la garantie de la foi publique : en leur permettant d'entrer sur son territoire et d'y séjourner, il leur a par cela même promis protection et liberté. Il ne peut donc que leur prescrire de se retirer, eux et leurs effets, s'il juge leur présence dangereuse ou nuisible, en leur donnant un délai pour effectuer leur retraite, et mettre ordre à leurs affaires (1). Cela doit se pratiquer surtout envers les commerçants, dont les intérêts demandent plus de ménagements, et qu'il serait injuste de poursuivre par des vexations pendant la guerre, eux qui, en transportant pendant la paix leur industrie dans le pays, l'ont appelé à prendre part à leurs bénéfices et y ont développé de nouveaux éléments de richesses (2). Quant aux immeubles, tels qu'usines ou manufactures, que posséderaient les sujets de l'ennemi et qu'ils ne peuvent emporter dans leur retraite, ils continuent à leur appartenir ; le souverain local ne peut les confisquer : en permettant aux étrangers d'acquérir des immeubles sur son territoire, il leur a permis, par voie de conséquence, de les posséder : il les a reçus, à cet égard, et en quelque sorte, au nombre de ses sujets. Il doit donc les traiter comme tels. Mais aussi, de leur côté, ceux-ci doivent agir comme tels ; et s'ils agissent personnellement comme ennemis du souverain dans le territoire duquel il possèdent des immeubles, celui-ci peut séquestrer leurs revenus et se saisir de leurs personnes, pour les mettre, autant que possible, hors d'état de lui nuire (3).

(1) Bluntschli, n. 569 et s., 594 et suiv. ; Kluber, § 246 et suiv, ; Heffter, § 126; Calvo, t. II, § 720. Voy. le décret du 5 avril 1809. V. aussi les déclarations de la France, de l'Angleterre et de la Russie lors de la guerre de Crimée, en date des 27 mars et 19 avril 1854 ; et les déclarations de la France, du Piémont et de l'Autriche lors de la guerre d'Italie, des 5 mai, 8 juin et 13 mai 1859. Ces divers documents sont rapportés dans le *Traité des prises* de MM. de Pistoye et Duverdy. — V. aussi, en ce qui touche la dernière guerre entre l'Allemagne et la France, le Journal Officiel du 21 juillet 1870; un arrêté du gouverneur de Paris du 25 août 1870 et une ordonn. du préfet de police du mois de septembre 1870.

(2) Vattel, liv. III, ch. IV, § 63.

(3) *Ibid.*, § 76; Kluber, § 152, Phillimore, t. III, part. IX, ch. VI; Fiore, t. II, p. 299 et s.

139. Vattel, qui reconnaît la justice de ces règles, me semble cependant s'en être écarté, quand il dit que le souverain peut confisquer les dettes de ses sujets envers les sujets de l'ennemi, lorsque le terme de paiement tombe au temps de la guerre (1). J'aurais cru, au contraire, que s'il y avait sous ce rapport une différence à établir entre les biens corporels et les créances ou autres droits incorporels, elle devait être à l'avantage de ces derniers : et que si les premiers ne peuvent être confisqués par le souverain chez lequel ils se trouvent au moment de la déclaration de guerre, il doit, à plus forte raison, en être ainsi des seconds, qui, par leur nature, échappent à la saisie réelle et effective qui peut atteindre les autres. Aussi je comprends mieux, sans l'approuver davantage, le raisonnement de Bynkershoëck, qui commence par poser en règle générale qu'on peut confisquer les biens corporels des sujets de l'ennemi, et qui en conclut qu'on peut, par la même raison, saisir et confisquer leurs créances et autres droits incorporels. « *Profecto videtur*, dit-il, *esse jus commune ut et actiones publicentur, ex eâdem nempe ratione quâ corporalia quælibet. Actiones utique sive credita non minus, jure gentium, sunt in dominio nostro quàm alia bona; et cur igitur in his jus belli sequamur, in illis non sequamur* (2) ? » Mais je n'admets pas qu'on puisse assimiler les uns et les autres, comme le fait le publiciste hollandais ; et lors même que les biens corporels pourraient être frappés de saisie et de confiscation, je pense que les actions, les créances et autres droits incorporels en devraient être préservés. Il y a, en effet, sous le rapport qui nous occupe, une différence profonde entre les biens corporels et les biens incorporels. Par la saisie des premiers, tout est consommé; la force ne permet pas de mettre utilement le droit en question, parce que le propriétaire des objets saisis n'a en face de lui que le souverain saisissant, contre lequel il ne saurait avoir aucune action utile en aucun lieu ni devant aucun juge : toutes choses qui sans doute ne créent pas le droit, mais qui protégent le fait accompli. Lorsqu'au contraire il s'agit de

(1) Liv. III, ch. v, § 77.
(2) *Quæst. jur. publ.*, lib. I, c. VII.

biens incorporels, tels que des créances, des droits ou des actions sur une tierce personne, tout n'est pas consommé par la saisie ou la confiscation qui en est faite par le souverain du débiteur. Ce souverain, qui a pour lui la force, peut bien contraindre le débiteur à payer entre ses mains ; mais ce paiement n'éteint pas la dette, et n'est pas libératoire vis-à-vis du créancier, qui ne peut reconnaître au souverain ennemi le droit de se mettre en son lieu et place. Toute novation par la substitution d'un créancier à un autre, suppose le consentement du créancier remplacé, et la guerre qui éclate entre deux nations ne saurait équivaloir à ce consentement, parce qu'il n'y a aucune relation logique entre les différends qui divisent les gouvernements et les conventions particulières qui unissent leurs sujets respectifs ; et qu'on ne peut raisonnablement voir dans l'état de guerre qui constitue un rapport de gouvernement à gouvernement, un consentement anticipé de la part des sujets à toutes les violences dont cet état deviendrait le prétexte. Il est bien vrai que sur le territoire du souverain saisissant le créancier n'aura aucune action utile pour contraindre son débiteur à payer, nonobstant la saisie ou la confiscation. Mais ce débiteur pourra être actionné avec succès devant les tribunaux de la nation dont son créancier fait partie, y être bien et dûment condamné à payer, et voir la condamnation exécutée sur ceux de ses biens qui se trouveront à la portée du créancier : si la volonté du souverain qui confisque fait loi dans le territoire soumis à sa puissance, elle ne saurait avoir aucun effet obligatoire dans les lieux qui ne lui sont pas soumis.

140. Vattel va jusqu'à permettre aux belligérants de confisquer à leur profit les sommes que les sujets d'une puissance neutre peuvent devoir aux sujets de l'ennemi. Les raisons qui démontrent que les belligérants n'ont pas le droit de confisquer les sommes dues par leurs sujets aux sujets ennemis, s'appliquent à plus forte raison aux sommes dues par les sujets neutres ; car si l'état de guerre ne peut influer sur les rapports particuliers et réciproques des sujets des belligérants, comment influerait-il sur les rapports des sujets belligérants avec

des sujets neutres (1)? La loi de confiscation qui ne lierait pas les juges du créancier, ne pourrait lier davantage ceux du neutre débiteur, lequel ne serait pas plus reçu devant les tribunaux de son propre pays que devant ceux de la nation à laquelle appartient le créancier, à argumenter, pour se prétendre libéré, de l'acte de violence commis par un tiers, et qui par cette raison ne serait pas de nature à être opposé au demandeur.

141. Au surplus, Vattel se hâte de reconnaître que les principes qu'il professe ne doivent pas être suivis dans la pratique; qu'il est du devoir des souverains de l'Europe de se départir de leur rigueur ; et il ajoute que ces principes ne peuvent jamais affecter les droits qui naissent du commerce. Mais c'est un mauvais moyen de rappeler les souverains à la modération que de commencer par reconnaître qu'ils ont le droit d'être violents. Et, d'un autre côté, je ne vois pas trop par quelles raisons, si ces principes sont vrais, le commerce et les commerçants seraient exempts de leur application. On conçoit très-bien comment leur application au commerce, dont ils bouleverseraient toutes les transactions, en démontre d'autant mieux l'iniquité; mais ce n'est là qu'une considération accessoire qui ne saurait porter atteinte au droit, si le droit existait. Toutes ces hésitations prouvent qu'on a trop souvent pris ce qui n'était que le résultat de la force pour la conséquence du droit, et que, faute de se rendre un compte exact de la nature des choses, on a cru voir les principes en contradiction avec l'équité, tandis qu'ici, comme partout, ils sont d'accord pour protéger les propriétés privées, commerciales ou autres, contre les effets de la guerre qui n'est qu'un événement public (2.)

142. Je pense même qu'un État belligérant ne peut s'approprier les sommes dues par lui aux sujets ennemis : les mêmes motifs conduisent toujours aux mêmes conséquences.

143. Faisons observer ici que toutes les règles qui viennent d'être tracées reçoivent exception au cas où il y a lieu à rétorsion de droit, parce qu'il est toujours permis de se servir con-

(1) Voy. *inf.*, sect. II.
(2) V. Calvo, t. II, § 723, et Fiore, t. II, p. 309.

tre un ennemi des armes dont il a le premier fait usage (1).

144. J'ai dit plus haut, que le créancier pourrait assigner son débiteur en payement, nonobstant la confiscation : cela suppose que la guerre ne suspend pas les actions judiciaires des particuliers ; ce qui ne peut être douteux en règle générale, quant aux actions qu'un créancier intente dans son propre pays contre son débiteur étranger; car cette suspension ne saurait être fondée que sur l'intérêt du débiteur ou de sa nation, intérêt que les juges du créancier ne sont pas tenus de prendre en considération. La question ne peut présenter non plus beaucoup de difficulté quant aux actions que le créancier étranger formerait contre son débiteur devant les juges de la nation à laquelle appartient ce débiteur, alors du moins qu'il s'agit de la résoudre par l'application des principes du droit des gens pur ou du droit naturel. Pour que l'étranger devînt non recevable par le seul effet de l'état de guerre, il faudrait que sa qualité de sujet d'un État ennemi lui infligeât une sorte d'incapacité ou d'inhabilité à ester en jugement, ce qui ne saurait être, puisque la guerre est une relation d'État à État, et non d'individu à individu, et qu'elle ne peut conséquemment, par elle-même, modifier ou altérer la capacité naturelle des individus. Cependant notre ancien droit public français admettait une règle contraire. « Pendant la guerre, un sujet d'une domination ennemie ne pouvait agir contre un sujet du roi. » Telle était la maxime, rappelée en 1704 par le chancelier de Pontchartrain au parlement de Douai, et appliquée par un arrêt de ce parlement en date du 20 juin de la même année (2). Mais cette maxime, qui repose évidemment sur une fausse idée du droit et des effets de la guerre, ne saurait être suivie aujourd'hui (3).

(1) On peut citer comme exemples de saisie ou confiscation par rétorsion de droit celles qui eurent lieu en vertu d'un décret de la Convention nationale du 16 août 1793, sur les biens des sujets espagnols, en réplique à celles qui avaient été exercées par le roi d'Espagne sur les biens des sujets français; le décret du 15 octobre 1806, sur le blocus continental, dont l'art. 4 confisque toutes les marchandises et propriétés anglaises, et celui du 17 décembre 1807. Voy. les préambules de ces décrets. — V. aussi sup. n. 130.

(2) Voy. le recueil d'arrêts du président Pinault de Jaunaux, t. I, § 62.

(3) Heffter, § 122.

145. Il peut toutefois se présenter des circonstances où le besoin de la défense publique rendrait nécessaire l'interdiction des rapports privés, et où les belligérants, qui n'ont pas le droit de confisquer à leur profit les dettes de leurs sujets envers les sujets de l'ennemi, peuvent cependant avoir un juste intérêt à ce que le montant de ces dettes ne soit pas payé pendant la guerre, et n'aille pas augmenter les forces de l'ennemi en diminuant leurs propres forces. Le numéraire se cache et devient rare pendant la guerre : les belligérants peuvent donc prendre toutes les mesures propres à empêcher le progrès de cette rareté, pourvu qu'elles ne consistent que dans l'emploi de moyens licites. C'est pourquoi un État peut ordonner que, pendant toute la durée de la guerre, il ne sera reçu aucune action en justice contre les nationaux de la part des sujets de l'État ennemi. Cette suspension du droit d'agir, mesure provisoire et temporaire, qui ne porte aucun préjudice définitif, ne saurait être conséquemment assimilée à la saisie ou à la confiscation des créances des sujets ennemis ni être repoussée par les mêmes principes (1).

Un arrêté du 19 messidor an XI, rendu à l'occasion de la guerre qui venait d'éclater avec l'Angleterre le 2 prairial précédent, offre un exemple remarquable d'une mesure de ce genre. Il porte qu'à dater de sa publication, il ne sera reçu dans les tribunaux français aucune instance ayant pour objet le payement d'engagements contractés, pour fait de commerce, par des négociants français envers les Anglais ; que les instances alors engagées pour cet objet seront suspendues, ainsi que l'exécution des jugements qui auraient pu s'ensuivre; et que cette suspension aura lieu jusqu'au rétablissement de la paix (2). Cet arrêté prouve clairement que la suspension qu'il prononce ne résulte pas nécessairement et de plein droit de l'état de guerre, puisque, s'il en était ainsi, il n'eût pas été besoin de la prononcer spécialement pour les créances com-

(1) Vattel, liv. III, ch. v, § 77.

(2) Un arrêt de la Cour de Bruxelles, du 20 pluviôse an XII, a jugé que cet arrêté s'appliquait non-seulement aux demandes qui avaient pour objet le payement d'une somme d'argent, mais encore à celles qui tendaient à l'accomplissement réel de tout engagement. (S., I, 2, 177.)

merciales, qui eussent été naturellement atteintes par l'effet du principe général. Au surplus, les mesures prises par cet arrêté ont disparu de plein droit devant le traité de paix du 30 mai 1814 et la convention du 20 novembre 1815. Aussi dans les guerres qui ont éclaté depuis entre la France et des puissances étrangères, il n'y a eu aucune suspension d'actions nécessaire entre les sujets des États belligérants.

146. Remarquons d'ailleurs que la défense faite par un souverain aux tribunaux de recevoir aucune demande des sujets ennemis contre les nationaux, n'a pas pour effet de rendre réciproquement non recevables les demandes des nationaux contre les sujets ennemis. *Quod in favorem alicujus introductum est, non debet in ejus odium retorqueri* (1). Néanmoins, dans ce cas, les sujets ennemis actionnés par les nationaux seraient recevables à former toutes demandes incidentes ou reconventionnelles qui serviraient de défense à l'action principale : ceux qu'il est permis d'attaquer doivent avoir le droit de se défendre.

147. Il n'est pas besoin de faire remarquer que la suspension des actions a pour effet immédiat de suspendre en même temps la prescription, dont l'exercice de l'action interromprait le cours. Il y a plus : je crois que cette suspension dispense le créancier étranger même des actes conservatoires qui n'impliqueraient pas l'exercice simultané d'une action, mais qui sont toujours le préliminaire d'une action plus ou moins immédiate. Ainsi le sujet ennemi porteur d'une lettre de change sur le sujet d'un État dans lequel il ne pourrait exercer aucune action pendant la guerre, ne sera pas tenu, pour conserver ses droits contre les endosseurs ou garants, de faire protester cette lettre de change tant que son droit d'agir sera suspendu ; parce que si le protêt n'est pas par lui-même et à proprement parler l'exercice d'une action, en ce qu'il ne saisit pas les tribunaux, il en est le préliminaire, puisqu'il ne conserve les droits du porteur qu'autant que la demande en justice le suit dans un délai déterminé.

(1) C'est ce qui a été jugé par la Cour de cassation le 5 frimaire an XIV, sur les conclusions conformes de M. Merlin. (S., II, 1, 184.)

148. Jusqu'ici je ne me suis occupé des effets de la guerre qu'en ce qui touche les particuliers ou ceux de leurs biens qui se trouvent sur le territoire ennemi ; passons maintenant à l'hypothèse contraire, aux droits de l'ennemi sur les personnes et les choses qui se trouvent sur le territoire qu'il envahit et qu'il occupe par ses armes.

La guerre n'ayant d'autre but que de forcer l'ennemi à être juste, tout ce qui a une liaison moralement nécessaire avec ce but légitime est permis ; mais rien de plus. De là le droit d'envahir les domaines de l'ennemi, de s'en emparer et de les conquérir, puisque c'est le seul moyen de le forcer à donner la satisfaction qu'il refuse.

149. Mais le droit de conquête ne peut porter aucune atteinte aux propriétés particulières. La guerre n'étant qu'une relation d'État à État, il en résulte que celui des belligérants qui fait des conquêtes sur l'autre, ne peut acquérir plus de droits que celui dont il prend la place ; et que de même que l'État envahi ou vaincu n'avait aucun droit sur les propriétés particulières, de même aussi l'État envahissant ou vainqueur ne peut exercer légitimement aucun droit sur ces propriétés. Tel est aujourd'hui le droit public de l'Europe (1), dont les maximes ont corrigé la barbarie des anciens usages, qui soumettaient aux lois de la guerre les propriétés privées aussi bien que les propriétés publiques (2).

150. Il en est de même des personnes : elles sont respectées ; il n'y a d'ennemi que celui qui porte les armes : autre retour de la politique moderne aux vrais principes du droit et de l'humanité (3). Autrefois, on confondait parmi les ennemis non-seulement ceux qui portaient les armes, mais aussi ceux qui étaient en état de les porter. On n'exceptait que ceux que leur âge, leur faiblesse, leur sexe ou leur état, rendaient incapables ou

(1) Rayneval, liv. III, ch. v, § 4 ; Martens, t. II, §§ 279 et 280 ; Wheaton, part. IV, ch. II, § 5 ; M. Ch. Vergé, sur Martens, *ibid.* ; Heffter, §§ 130 et suiv. ; Bluntschli, n. 652 ; Kluber, § 246 ; Fiore, t. II, p. 299 et suiv. ; Calvo, t. II, § 895.

(2) Voy. Grotius, liv. III, ch. XII et XIII ; Vattel, liv. III, ch. IX.

(3) Martens, t. II, n. 77 ; Heffter, § 119.

dispensaient du port des armes (1). Encore fallut-il quelquefois, pour que la voix de l'humanité fût écoutée, que la religion fît entendre la sienne. « *Innovamus,* disent les canons (*Innovamus!* C'était donc une règle nouvelle et non suivie jusqu'alors), *ut presbyteri, monachi, conversi, peregrini, mercatores, rustici, euntes vel redeuntes, vel in agriculturâ existentes, et animalia quibus arant, semina portant ad agrum, congruâ securitate lætentur* (2). »

Cependant la voix de l'humanité, pas plus que celle de la religion, n'a été écoutée dans la dernière guerre contre la France, où la Prusse, innovant en sens contraire, et remontant vers un passé dont les usages internationaux des peuples civilisés ne devaient pas faire craindre le retour, a étendu aux particuliers inoffensifs la rigueur de la guerre, en les saisissant comme otages, ou en les faisant monter sur la locomotive des trains en marche, comme instruments préventifs des entreprises qui pourraient être tentées contre la sécurité des chemins de fer. Ces atteintes à la liberté et à la vie des hommes qui ne prennent une part ni directe ni indirecte aux faits de la guerre ne sauraient être justifiées par aucune nécessité, et si de pareils procédés pouvaient trouver des imitateurs, ils nous ramèneraient tout droit à une barbarie dont les efforts des publicistes, secondés par le progrès des mœurs publiques, avaient réussi à nous faire sortir (3).

Mais la sécurité à laquelle ont droit les personnes et les propriétés, et par conséquent les commerçants et le commerce, peut quelquefois être troublée sans qu'il y ait une violation réelle de leur droit; parce qu'on ne doit pas considérer comme contraires au droit, certains accidents qui sont la conséquence indirecte mais nécessaire de ce que l'on a le droit de faire. Ainsi on ne peut attaquer une ville, l'assiéger, la prendre, sans que les personnes inoffensives et les propriétés privées en reçoivent un grand dommage. Une bataille ne se donne pas sans dévastation; une armée ne marche pas sans fouler la terre. Mais tous ces désastres sont la conséquence nécessaire de l'emploi de la force, qui est le moyen de la guerre,

(1) Voy. Grotius, liv. III, ch. XI, §§ 9 et suiv.
(2) *Decretal.*, lib. I, tit. XXXIV, *De treugâ et pace*, cap. II.
(3) Calvo, t. II, §§ 869 et 870 ; Morin, t. I, p. 560 et suiv.

et dès lors on ne saurait les considérer comme illégitimes.

151. Il y a plus : comme il faut qu'une armée subsiste en pays ennemi, et qu'une armée qui envahit et conquiert ne peut être tenue de payer les frais de la guerre, ou d'en faire l'avance, la loi de la nécessité permet de frapper le territoire occupé de contributions. L'ennemi qui occupe un territoire, et qui en fait ainsi la conquête, au moins momentanée, exerce dans ce pays une sorte de puissance publique qui jusqu'à un certain point l'autorise à dicter des lois au pays conquis, et à exiger de ses habitants tout ce que le souverain aurait pu exiger d'eux (1).

Si l'ennemi peut établir des contributions, soit en argent, soit en nature, à plus forte raison peut-il contraindre les marchands ou détenteurs des denrées qui lui sont nécessaires à les lui vendre moyennant un certain prix déterminé à l'avance : c'est encore là une sorte de contribution (2).

152. Quant au pillage des propriétés particulières, il doit être sévèrement condamné : aucune nécessité ne le commande; tout le défend. Grotius (3), et après lui Vattel (4), trouvent cependant le pillage très-légitime. Mais il est manifeste que partant d'un principe faux, ils devaient arriver à une fausse conséquence. Il n'est pas contre nature, dit Grotius, en s'autorisant d'une phrase de Cicéron (5), de dépouiller de son bien une personne à qui l'on peut *honnêtement* ôter la vie (6). Soit; mais comme on ne peut *honnêtement* ôter la vie aux particuliers inoffensifs, il est évidemment contraire au droit naturel de les dépouiller de leurs biens et de les soumettre au pillage (7).

(1) Rayneval, liv. III, ch. IX, § 4; Martens, § 280; Calvo, t. II, n. 896 et 906.

(2) Garden, t. II, p. 207; Heffter, § 131; Bluntschli, § 655; Calvo, t. II, § 906.

(3) Liv. III, ch. V et VI.

(4) Liv. III, ch. IV, § 184. Voy. aussi Martens, t. II, §§ 280 et 287.

(5) *Neque est contrà naturam spoliare eum, si possis, quem honestum est necare.* (*De offic.*, lib. III, cap. VI.)

(6) Voy. dans le même sens, Bynkershoëck, *Quæst. jur. publ.*, lib. I, cap. III.

(7) Bluntschli, § 661; Halleck, ch. XVIII, §§ 22 et 23; Kluber, § 263; Calvo, t. II, § 897.

152 *bis*. On doit d'ailleurs assimiler au pillage, tout enlèvement opéré sans réquisition régulière, de meubles ou autres objets : ce qui ne veut pas dire que, lorsque cet enlèvement, opéré en vertu d'une réquisition, dépasse la mesure du nécessaire ou de l'utile, comme l'histoire des années qui viennent de s'écouler en offre trop souvent l'exemple, il devienne légitime.

152 *ter*. Le pillage qui est l'appropriation illégitime et le plus souvent violente de la chose d'autrui peut s'exercer dans certaines conditions de régularité qui lui enlèvent le caractère frauduleux nécessaire pour qu'il constitue un vol proprement dit : c'est ce qui peut avoir lieu lorsque le pillage est ordonné ou permis par l'autorité sous l'empire de laquelle sont placés les pillards qui, en s'emparant de la propriété d'autrui, accomplissent un acte dont la responsabilité de droit remonte à ceux aux instructions desquels ils se conforment : c'est l'acte d'une puissance publique qui, quelque excessif et coupable qu'il puisse être en soi, n'est justiciable que de l'opinion, et ne peut être réprimé que par des représailles.

Mais le pillage qui a lieu sans ordre, par des soldats isolés, ou réunis, à l'aide de la violence ou de la ruse, constitue la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui. Sans doute l'occupation violente du territoire par l'ennemi envahisseur, qui enlève momentanément toute autorité à la justice territoriale, fait échapper les pillards à la compétence ou tout au moins à la répression des tribunaux du pays ; mais s'ils ont eu des complices justiciables de ces tribunaux, ces complices peuvent être poursuivis et condamnés sans pouvoir trouver un moyen de défense dans l'impunité dont profitent les auteurs principaux du crime. Il y a dans ce sens un arrêt de la Cour de cassation en date du 15 décembre 1871, dont la doctrine me paraît irréprochable (1).

152 *quater*. Dans la dernière guerre entre la France et l'Allemagne, qui a fait surgir plusieurs questions nouvelles, la Prusse a exercé un droit de réquisition, par voie de mise

(1) Voy. cet arrêt dans la *Gazette des Tribunaux* du 5 septembre 1872, qui donne en même temps le rapport très-remarquable de M. le conseiller Morin.

sous séquestre, sur les chemins de fer qui constituent une propriété privée d'une nature spéciale, mais dont l'exploitation procurait à l'ennemi des avantages incontestables soit au point de vue de la conduite de la guerre, soit au point de vue de l'administration des pays occupés. Je ne pense pas que cette mise sous séquestre, quand elle est accompagnée ou suivie de mesures propres à sauvegarder les droits du propriétaire en l'indemnisant de la privation momentanée de sa chose, et des détériorations que son matériel a pu subir, excède les droits du belligérant (1).

152 *quinquies*. Je n'ai pas à m'occuper du droit des belligérants sur les biens qui constituent une propriété publique, les questions qui peuvent se présenter à l'occasion de l'exercice de l'étendue de ce droit n'étant pas de nature à affecter directement les intérêts commerciaux. Il me suffira de faire remarquer que ce droit n'est pas absolu ; que si une conquête définitive donne au conquérant sur le pays conquis tous les droit de l'État auquel il succède, il n'en est pas de même d'une occupation momentanée et passagère ; qu'en ce qui touche les meubles l'occupant n'a le droit de s'emparer que de ceux qui peuvent être pour lui d'une utilité immédiate, tels que l'argent, les vivres, les munitions et autres choses de même nature ; mais qu'il ne peut s'approprier les œuvres d'art, les livres, les tableaux (2) ; et qu'en ce qui touche les immeubles, l'occupant a bien le droit de s'en servir, d'en tirer profit et même d'en recueillir les fruits, mais qu'il ne peut ni s'approprier le fonds, ni en disposer (3).

C'est en ce sens qu'il a été jugé par un arrêt remarquable de la Cour de Nancy, du 3 août 1872 (4), que des bois de haute futaie dans des forêts domaniales qui faisaient partie du fond et qui ne constituaient pas des fruits du sol, n'avaient pu être vendus par l'autorité allemande qui occupait le territoire,

(1) Calvo, t. II, § 907.

(2) Bluntschli, § 650 ; Fiore, t. II, p. 308 et s. Kluber, § 253 ; Calvo, §§ 688 et suiv.

(3) Bluntschli, § 646 ; Heffter, § 133 ; Morin, t. I, p. 390 et t. II, p. 372 et suiv.

(4) *Gazette des Trib.* du 31 août 1872.

et que cette vente, nulle comme vente de la chose d'autrui, ne conférait aucun droit aux acquéreurs.

Il a même été jugé par un autre arrêt de la même Cour du 27 août 1872 (1), que les ventes faites par l'ennemi des coupes dans des forêts domaniales ne conféraient aucun droit aux adjudicataires français qui n'ont pu dès lors se livrer à aucune exploitation de ces coupes ni enlever légitimement quoi que ce soit dans ces forêts, en l'absence d'adjudications ou de délivrances régulières opérées à leur profit par des fonctionnaires français.

§ II. — *Règles particulières à la guerre maritime. — De la course.*

Sommaire. — 153. Course maritime. — 154. Corsaire et pirate. — 155. Histoire de la course. — 156. La course dans l'antiquité. — 157. Au moyen âge. — 158. Dans les temps modernes. — 158 *bis*. Dans les dernières guerres. — 159. La course est-elle utile? — 160. Règles de la course. — 161. Lettres de marque. — 162. A qui, en cas de guerre civile ou de révolution, appartient-il de délivrer des lettres de marque? — 163. Armements en guerre et marchandises. — 164. Durée des lettres de marque. — 165. Un étranger peut-il obtenir des lettres de marque? — 166. Peut-on prendre commission de deux souverains? — 167. Équipages des corsaires. — 168. Cautions. — 169. Sociétés pour l'armement en course. — 170. Interdiction de prendre part aux armements en course. — 171. Transition.

153. Les règles que je viens d'exposer ne sont admises que dans la guerre qui se fait sur terre : on les conteste dans les guerres maritimes. Les nations civilisées, qui, sur le continent, épargnent autant que possible les sujets paisibles et les propriétés privées, redevenant sur mer sauvages et barbares, capturent les sujets ennemis, leurs vaisseaux et leurs marchandises, auxquels la guerre est déclarée comme au souverain lui-même. Et cette guerre contre les particuliers inoffensifs se fait encore quelquefois non avec les forces publiques des États belligérants, mais avec des forces particulières; de telle sorte que la guerre, qui n'est et ne doit être qu'une relation d'État à État, devient, sur mer, une relation de particulier à particulier; que la guerre, qui doit toujours être publique, devient privée; et que le droit de la faire passe du

(1) *Gaz. des Trib.* du 16 sept. 1872.

souverain aux sujets. Cette espèce de guerre prend le nom de *course maritime;* et ceux qui la font, celui de *corsaires.*

154. Les *corsaires* diffèrent des *pirates* en ce que les premiers sont commissionnés et autorisés par leur souverain pour courir la mer en temps de guerre, tandis que les pirates courent la mer en tout temps sans commission d'aucun souverain; la course est une délégation du droit de guerre, faite par le souverain à ses sujets contre les sujets d'une nation ennemie ou réputée telle; la piraterie ne connaît ni paix ni trêve et trouve des ennemis partout où il y a capture à faire (1). Mais ces différences touchent la forme plus que le fond, puisqu'en définitive les corsaires comme les pirates n'ont d'autre but que d'attaquer les particuliers inoffensifs pour s'emparer de leurs effets ; que le vol et le pillage ne changent pas de nature en changeant de nom, et selon qu'ils sont faits par des gens sans aveu, ou par des individus ayant commission d'une puissance souveraine. Cependant, lorsque les pirates sont avec raison proscrits comme des ennemis de toutes les nations civilisées, punis par toutes, toutes ont pendant longtemps encouragé la course et les corsaires, les ont honorés et récompensés, et ont concouru ainsi au maintien d'un usage aussi contraire aux principes les plus incontestés du droit des gens, aux progrès de la civilisation et à la politesse de nos mœurs, qu'aux intérêts bien entendus des belligérants: triste preuve de la puissance de l'intérêt personnel, et du prestige qu'exercent toujours sur l'esprit de l'homme le courage et la hardiesse.

155. Bien que cet état de choses soit particulier aux États modernes, son principe remonte fort loin.

156. Dans l'antiquité, il n'y avait que des pirates, et pas de corsaires : on leur faisait la guerre, mais leur métier n'avait rien de honteux. Ce métier semblait même fort légitime sous l'empire d'un droit public qui mettait la guerre au rang des

(1) *Nam propriè* PIRATA *esse dicitur qui sine* PATENTIBUS *alicujus principis ex propriâ tantum ac privatâ auctoritate per mare discurrit deprædandi causâ.* Casaregis, disc. 64, n. 4. Voy. aussi Ansaldus, disc. 14, n. 23; Santerna, *De assecur.*, part. IV, n. 50; Straccha, *De nautis*, part. III, n. 30; Martens, *Des armateurs*, ch. I, § 1; Hubner, *De la saisie des bâtiments neutres*, part. II, ch. III, sect. VI.

moyens naturels de s'enrichir (1), et qui regardait le vol et le pillage comme chose permise, dès qu'ils avaient lieu au préjudice des étrangers (2). Certains peuples n'avaient pas d'autre métier ; c'était celui des Lusitaniens (3) et des Espagnols (4). Il devint celui des Corinthiens et des Carthaginois, qui, après la destruction de leurs villes par les Romains, n'ayant plus de retraite, se réfugièrent sur les mers. Retranchés sur les côtes de la Cilicie, ils faisaient trembler Rome, qui fut plus d'une fois obligée de leur faire une guerre en règle, et d'envoyer contre eux ses premiers capitaines. Plusieurs de ces invasions de pirates présentèrent cette circonstance singulière de spéculateurs qui s'associaient à eux, et accroissaient leurs ressources, pour avoir part au butin ; à peu près comme aujourd'hui on s'associe pour armer en guerre un vaisseau destiné à la course (5).

157. Si les anciens étaient pillards, les peuples du moyen âge ne l'étaient pas moins. Et il faut reconnaître que les temps de barbarie qui accompagnèrent et suivirent la dissolution de l'empire romain, et qui ont précédé la constitution des États et des sociétés modernes, favorisaient éminemment le développement de l'humeur aventureuse qui a toujours caractérisé les coureurs de mer. Le moyen âge fut un temps d'individualisme, où la liberté de chacun dominait aux dépens de la liberté de tous, et où par conséquent les individus étaient dans un état perpétuel de guerre privée qui trouvait dans la guerre publique un nouvel aliment (6). S'il était alors permis à chacun de déclarer la guerre à son voisin, à plus forte raison, dans

(1) Voy. Aristote, *Polit.*, lib. I, cap. VIII.

(2) *Latrocinia nullam habent infamiam, quæ extrà fines cujusque civitatis fiunt* (Cæsar, *De bell. gall.*, lib. VI, ch. XIII). Voy. aussi Tacite, *De moribus Germ.*, cap. XIII, n. 6, et cap. XXVI, n. 2.

(3) Diodore, lib. V, cap. XXXIV.

(4) Plutarque, *Vie de Marius*.

(5) Voy. Huet, *Hist. du comm. et de la navigat. des anciens*, ch. XXXVI, p. 189.

(6) Voy. le chap. XXXII du *Capitulaire* de Charlemagne de l'an 802 ; l'ordonnance connue sous le nom de la *Quarante-le-Roi*, attribuée par Ducange à Philippe le Hardi ; les ordonnances de Philippe le Bel de 1296, 1303, 1344 ; celle du roi Jean de 1353, qui avaient pour objet la répression des guerres privées.

une guerre déclarée par les souverains de deux États, devait-on croire les sujets en droit d'entreprendre des expéditions privées pour nuire à l'ennemi commun (1).

Deux circonstances particulières concoururent au maintien et à l'accroissement de cet état de choses : l'invasion des Sarrasins au midi et celle des Normands au nord. Les uns et les autres dévastaient les mers ; ceux-ci, la mer du Nord et la Baltique ; ceux-là, la Méditerranée : d'où naquit pour les marchands que leur commerce appelait à naviguer sur ces mers, la nécessité de se mettre en mesure de se défendre contre les attaques auxquelles ils étaient exposés. Alors les navires marchands s'armèrent en guerre, s'associèrent pour aller de conserve et partager le butin qu'ils feraient en se défendant contre les pirates et les ennemis (2) ; il y eut même des associations qui avaient pour but principal, non la défense, mais l'attaque et le butin (3). Pendant ce temps, les Normands, en s'établissant dans le nord de l'Europe, et les Sarrasins dans le Midi, y implantaient leurs habitudes; de telle sorte que les armements en guerre et les pirateries, excités par la nécessité et favorisés par un penchant naturel, passèrent dans les mœurs des populations maritimes.

Dans l'origine, ces guerres privées de particulier à particulier, ces expéditions militaires et maritimes pour la défense ou pour l'attaque, paraissaient conformes au droit, bien qu'elles n'eussent pas lieu avec l'autorisation du souverain, et qu'elles ne fussent autorisées que d'une manière générale par les traités

(1) Martens, *Essai sur les armateurs*, § 2, cite plusieurs traités où ce droit était reconnu, notamment ceux entre la France et l'Angleterre, de 1228 et 1235. Ces traités portent : « *Quod si infrà duos menses postquam forisfactum eis (subditis) constiterit, emendatum non fuerit, ex tunc ille cui forisfactum fuerit, poterit currere super forisfactorem suum, donec plenariè fuerit emendatum, et nos sine nos mesfacere poterimus juvare hominem nostrum contrà malefactorem.* » C'était là de véritables représailles. Voy. *sup.*, n. 127. On peut voir ces traités dans le *Corps diplomatique* de Dumont, t. I, part. I, p. 169, 182, 389 et 398.

(2) Voy. *le Consulat de la mer*, ch. CXXIII et CLXXII ; *Histoire des révol. de Gênes*, t. I, p. 10 ; Boucher, *Observat. sur le consulat de la mer*, t. I, ch. LVIII, p. 513.

(3) Martens, *Essai sur les armateurs*, § 3, cite un exemple d'une association de ce genre, puisé dans l'*Histoire du Danemark*, par Suhm, t. VI, p. 95.

de paix, ou, plus exactement, par les trêves que faisaient entre eux les souverains. Le système féodal, tout en établissant une hiérarchie, plus forte en apparence qu'en réalité, entre le suzerain, les seigneurs et les derniers vassaux, laissait à chacun une grande liberté d'action ; et au milieu de cette anarchie organisée, personne ne se rappelait que le droit de guerre n'appartient qu'au souverain, qui seul peut la faire ou déléguer le droit de la faire. Mais lorsque l'autorité souveraine se fortifia de toute celle que perdaient les seigneurs féodaux, et que le pouvoir tendit à se centraliser, on s'aperçut que les guerres privées troublaient à la fois le repos intérieur et extérieur de l'État. A l'intérieur, elles furent donc défendues (1) ; mais à l'extérieur, les souverains n'eurent ni la force ni la volonté de les interdire. Ils se bornèrent, en temps de paix, à imposer à ceux qui auraient une injure à venger ou des répétitions à exercer, l'obligation de se pourvoir préalablement d'une autorisation de la puissance publique ; d'où viennent les *lettres de représailles*, qu'on nommait alors *lettres de marque*, et dont j'ai déjà parlé (2) ; — et, en temps de guerre, à exiger que tous ceux qui voudraient armer des vaisseaux contre les ennemis de l'État, fussent pourvus du congé ou consentement de l'autorité publique, représentée alors par l'amiral, auquel était attribuée la connaissance de tous les faits de mer et la répression des excès commis par les armateurs. Ces précautions contre les armements en guerre furent prises pour la première fois en France, par l'ordonnance de Charles VI du 7 décembre 1400, sur le fait de l'amirauté (3) ; bientôt après, un acte du parlement d'Angleterre de 1414 prescrivit des mesures analogues (4), qui furent ensuite adoptées dans les Pays-Bas par

(1) Voy. les ordonn. citées *sup.*, p. 128, note 5.

(2) Voy. *sup.*, n. 131. — *Lettres de marque*, parce qu'elles étaient d'abord appliquées aux représailles qui s'exerçaient le plus communément sur les frontières ou *marches*. Voy. Bouchaud, *Théorie des traités de comm.*, p. 484 ; Laroche-Flavin, *Des parlements*, liv. XIII, ch. LIV.

(3) Voy. les principaux articles de cette ordonnance, *Code des prises*, t. I, pag. 9.

(4) Martens, *Des armateurs*, § 5.

une ordonnance des archiducs Maximilien et Philippe, donnée en 1487 (1).

De cette époque datent les armements en course proprement dits, c'est-à-dire faits sous l'autorisation du pouvoir souverain. Auparavant, il n'y avait que des coureurs de mer, qui, n'étant commissionnés par aucune nation, faisaient la guerre à toutes; et des armements faits pour la défense et que la nécessité rendait jusqu'à un certain point légitimes. Mais il ne faut pas croire que les précautions dont on a entouré la course maritime aient fait disparaître les abus inhérents à des expéditions de cette nature. L'audace et le courage, échauffés par l'ardeur du gain, se changent facilement en intempérance et en cruauté, surtout au milieu des mers, et loin de tout contrôle répressif. Aussi les lois nombreuses faites depuis cette époque jusqu'à nos jours démontrent-elles par elles-mêmes toute leur insuffisance. Leur effet le plus certain fut de mettre un terme aux pirateries proprement dites, qui ne se montrèrent plus que de loin en loin. Il y aura toujours des voleurs et des gens sans aveu sur mer comme sur terre ; mais depuis que la course maritime a été soumise à l'observation de certaines règles, il n'y a plus eu dans l'Europe civilisée de pirateries largement organisées comme celles qui ont désolé le moyen âge et l'antiquité (2).

158. L'assujettissement des armements particuliers à certaines conditions préalables et à des règles de discipline semblait être un acheminement à leur suppression totale. Mais il n'en fut rien ; loin de là, des faits nouveaux, la découverte du Nouveau-Monde, celle de la route des Indes par le cap de Bonne-Espérance, en augmentant l'importance commerciale de plusieurs peuples de l'Europe, donnèrent aux guerres un caractère commercial qu'elles n'avaient pas encore eu ; et les souverains, qui pensaient trouver dans la course un moyen de

(1) Voy. Martens, *Des armateurs*, § 5.

(2) Je ne parle pas des *Gueux de mer* et des *flibustiers*, qui agissaient en pirates, mais qui furent du moins à certaines époques, commissionnés ou autorisés par des souverains (voy. Martens, *Des armateurs*, §§ 7 et 8) ; ni des pirates barbaresques, qui se considéraient en quelque sorte comme en état permanent de guerre vis-à-vis de la chrétienté.

ruiner le commerce de leurs ennemis par des expéditions maritimes qui, entreprises aux frais des particuliers, n'étaient pas à la charge de l'État, au lieu de la réprimer, encouragèrent cette dangereuse industrie. L'acte de navigation de l'Angleterre, publié par Cromwell en 1652, en constituant le commerce et l'industrie britannique dans un état premanent de conspiration et de guerre contre toutes les industries de l'Europe, en plaçant l'Angleterre dans une position constante d'inimitié et de jalousie à l'égard du commerce des peuples du continent, vint plus tard accroître et consolider cet état de choses, tellement qu'on peut dire que le véritable fondateur du système maritime et prohibitif de l'Europe, que le véritable auteur des guerres maritimes qui ont été la conséquence de ce système, c'est Cromwell (1). Aussi est-ce de cette époque, c'est-à-dire de la seconde moitié du dix-septième siècle, que datent la plupart des traités diplomatiques sur la course, et les principales lois ou ordonnances particulières qui ont eu pour objet de la régler. Et cependant, contraste remarquable, à la même époque se manifestent quelques efforts généreux pour son abolition. C'est ainsi que, lorsque la Suède et les Provinces-Unies se trouvèrent en guerre en 1675, ces deux puissances se promirent de ne point se servir d'armateurs, et de faire en sorte que leurs alliés ne s'en serviraient pas non plus. Mais comme les meilleures résolutions ne sont pas toujours les plus solides, le traité de paix de 1679 prouve assez que cette promesse n'a pas été accomplie (2).

Dans l'origine, les lettres de marque ou patentes données pour la course n'autorisaient à attaquer que les vaisseaux de l'ennemi ou des sujets de l'ennemi. Mais à mesure que le commerce maritime s'accrut, la course eut un nouvel objet : on ne se borna plus à attaquer et à piller les ennemis ; on prétendit aussi, sous divers prétextes, avoir le droit d'attaquer et de piller les neutres. Ce nouvel appât offert à l'avidité des corsaires

(1) Voy. Hauterive, *De l'état de la France à la fin de l'an VIII*, p. 19 ; Martens, ch. I, § 6.

(2) Martens, *ibid.* Voy. ce traité dans le *Corps diplomatique* de Dumont, t. VII, part. I, p. 316 et 432.

concourut puissamment aux développements que reçurent les armements en course dans les guerres du dix-huitième siècle ; développements qui furent singulièrement favorisés à cette époque par l'introduction dans les conseils de l'Europe de trois puissances qui n'existaient pas auparavant, ou qui n'y avaient pas encore figuré : la Russie, la Prusse et les États-Unis d'Amérique dont l'accession vint modifier l'équilibre européen et créer de nouveaux intérêts commerciaux et maritimes. Et encore, dans le dix-huitième siècle comme dans le siècle précédent, on voit renaître des tentatives d'abolition de la course : dans la guerre de 1767 à 1774, entre la Russie et la Turquie, la Russie s'abstint d'envoyer des armateurs dans l'archipel grec ; dans le traité de commerce de 1785 entre les États-Unis d'Amérique et le roi de Prusse on stipula qu'en cas de guerre entre les deux puissances, on s'abstiendrait de tous armements particuliers (1) : et au début de la révolution française, un décret de l'Assemblée législative du 29 mai 1792 invitait le pouvoir exécutif à négocier avec les puissances étrangères pour l'abolition de la course. Toutes ces tentatives demeurèrent alors sans résultat, et jamais peut-être la course ne se fit avec plus d'ardeur et d'acharnement que dans les guerres de la Révolution et du premier Empire.

Mais depuis lors les idées ont marché ; une longue paix en passant sur l'Europe a créé des relations nouvelles entre les peuples, établi des intérêts communs et fondé une sorte de cosmopolitisme que les développements de l'industrie tendent tous les jours à consolider. Aussi dans les guerres courtes mais énergiques qui ont marqué les premières années du second Empire, les belligérants ont renoncé aux armements en course ; et après la guerre de Crimée, les plénipotentiaires qui

(1) Vraie curiosité diplomatique, dit M. de Gentz, *Mém.*, p. 401. — M. de Gentz, publiciste et diplomate allemand, est l'auteur de deux mémoires fort curieux sur le droit maritime, publiés en 1812, et qui ont été compris depuis dans un recueil de différents opuscules du même auteur, publié à Stuttgardt en 1841. On peut consulter, sur M. de Gentz, un article bibliographique et critique, fort intéressant, de M. Ch. Vergé, inséré dans le journal *le Droit*, numéro du 24 oct. 1841, et reproduit depuis, avec d'autres articles du même auteur, dans un volume intitulé : *Diplomates et publicistes contemporains.*

avaient signé le traité de Paris du 30 mars 1856 ont dans une déclaration du 16 avril suivant, qui restera célèbre, posé en tête des principes de droit public, que leurs gouvernements s'engageaient à faire prévaloir l'abolition de la course maritime. Presque toutes les nations ont adhéré à cette déclaration. Il est vrai que parmi les dissidents en rencontre les États-Unis qui ont mis pour condition à leur acceptation «que les propriétés particulières des sujets d'une puissance belligérante, ne puissent être saisies en pleine mer par les vaisseaux armés d'un autre belligérant, si ce n'est quand il y a contrebande de guerre.» Et s'il n'est guère permis d'espérer que ce vœu soit accueilli, la déclaration des grandes puissances européennes n'en restera pas moins une imposante manifestation des tendances modernes, et aura du moins pour résultat, si la course n'est pas abolie, d'en restreindre de plus en plus l'usage (1).

158 *bis*. Malheureusement les nations, plus encore que les individus, écoutent la voix de leur intérêt, et se laissent guider bien plus par les nécessités des circonstances que par les principes mêmes qu'elles ont proclamés. Dans la guerre de la sécession américaine les États du Sud armèrent des corsaires auxquels les États du Nord en opposèrent d'autres, après avoir, il est vrai, vainement tenté de faire prévaloir les principes de la déclaration du 16 avril 1856 (2); et dans la dernière guerre entre la France et l'Allemagne, un décret du roi de Prusse, en date du 24 juillet 1870, a ordonné la création d'une marine volontaire qui ressemblait beaucoup à la course et aux corsaires (3).

(1) Voy. la dépêche de M. Marcy, ministre des États-Unis, adressée au gouvernement français, le 28 juillet 1856. Un vœu semblable à celui des États-Unis a été émis par le Brésil, dans une note adressée, le 18 mars 1858, par le ministre des affaires étrangères du Brésil au ministre de France et de Rio-Janeiro; par les négociants de Brême, le 2 décembre 1859. Enfin, il a été manifesté dans la Chambre des députés de Prusse, le 19 mai 1860. Voy., sur ces différents points, la brochure déjà citée de M. Hautefeuille, *Propriétés privées des belligérants sur mer*, qui repousse à la fois l'abolition de la course et l'inviolabilité des propriétés privées des belligérants.

(2) V. M. Calvo, t. II, § 943.

(3) *Ibid.*, § 944.

Cependant, en même temps, et par une sorte de contradiction, le roi de Prusse donnait un bon exemple qui s'expliquait peut-être par la faiblesse relative de sa marine. Il ordonna, le 18 juillet 1870, que les navires français de commerce ne seraient pas sujets à être capturés et saisis par la marine de guerre fédérale. Mais cet exemple n'ayant pas été suivi par la France dont la marine, cherchant sur mer une faible compensation aux revers éprouvés sur terre par les armées françaises, avait capturé un certain nombre de navires de commerce allemands, la Prusse par une déclaration du 12 janvier 1871 déclara révoquer l'ordonnance du 18 juillet 1870 (1).

159. A qui profite la course, ce dernier vestige des temps de barbarie? Ce n'est pas aux États belligérants, qui en autorisant la course ne trouvent pas dans les armements particuliers un auxiliaire des forces publiques, puisque les corsaires ne se réunissent jamais à la marine de l'État auquel ils appartiennent, et qu'ils ne se proposent pas d'attaquer les forces publiques de l'État ennemi, mais seulement les faibles et les inoffensifs. Il ne profite pas davantage au commerce, puisque la course est précisément dirigée contre lui, et qu'en la supposant plus heureusement faite d'un côté que de l'autre, le commerce de l'État auquel appartiendront les capteurs ne sera pas plus florissant parce que les prises auront ruiné quelques commerçants de l'État ennemi. On sait d'ailleurs qu'au moyen d'un système d'assurances réciproques de l'une à l'autre nation, la somme totale des richesses de chacun des belligérants ne peut recevoir aucune variation sensible, puisque ce que le capteur confisque sur l'ennemi, est souvent restitué au capturé sous forme d'assurances par des assureurs de la même nation que le capteur. D'un autre côté, c'est une erreur qui n'a plus besoin d'être réfutée que de croire qu'une nation s'enrichit par la ruine d'une autre : la guerre se fait toujours en vue de la paix, des relations qu'elle amène et du commerce qui en est la conséquence ; et c'est mal raisonner que de commencer par ruiner pendant la guerre une nation avec laquelle on voudra commercer pendant la paix, parce que les pauvres n'ont rien à

(1) V. Calvo, t. II, § 952.

acheter et rien à vendre. La course est donc un mal sans profit. Sans profit? je me trompe : il y a profit, mais pour le corsaire seul. C'est pour lui, c'est dans son unique intérêt que la guerre maritime est restée cruelle et que le pillage est mis en honneur. Ceux qui se livrent à cette triste industrie seraient donc coupables s'ils n'étaient pas aveuglés par les illusions qui leur persuadent qu'ils poursuivent avant tout l'intérêt général, avec lequel leur intérêt particulier ne se rencontre qu'accidentellement et d'une manière secondaire. Plus coupables encore ont été les souverains de l'Europe qui, loin de renoncer à la course, l'ont si longtempsf avorisée. Mais il faut le reconnaître, la renonciation à cette pratique doit venir de tous les peuples et être le résultat d'un accord unanime. Si l'un des belligérants seulement renonçait à la course, l'autre augmenterait aussitôt ses armements particuliers, favoriserait par tous les moyens les expéditions de corsaires, et, profitant d'une obéissance irréfléchie à des principes qui ne sont obligatoires qu'autant que tout le monde consent à s'y soumettre, tiendrait renfermés dans leurs ports les bâtiments de la nation trop scrupuleuse, ou les arrêterait facilement en pleine mer s'ils se hasardaient à s'y montrer. En fait de guerre et de violences, le droit du plus modéré se mesure sur le fait de celui qui l'est le moins.

C'est donc aux mœurs publiques, à la civilisation, aux intérêts bien entendus du commerce à continuer de faire entendre leurs voix, à dominer les passions ou les préjugés des gouvernants et des gouvernés ; et un jour, on leur donnera la satisfaction promise par la déclaration du 16 avril 1856. Jusque-là, la course restera contraire au droit des gens primitif et au droit naturel des nations, mais admise comme un mal nécessaire par le droit des gens conventionnel, qui doit régler les principales conditions de son exercice (1).

(1) La légitimité et l'utilité de la course a été soutenue dans ces derniers temps avec beaucoup d'insistance par M. Hautefeuille, dans la brochure précitée, dans son traité des *Droits des neutres*, t. I, p. 169 et suiv., et dans son *Histoire du droit maritime*, p. 485 et suiv. Cette question a donné lieu à une discussion fort intéressante à l'Académie des sciences morales

160. Exposons donc ces conditions et ces règles puisqu'elles peuvent encore être appliquées, mais sans jamais oublier que, dans le doute, elles doivent être interprétées et appliquées dans un sens conforme à l'esprit du droit des gens primitif et naturel, sur lequel le droit des gens conventionnel ne peut l'emporter qu'autant qu'il y déroge d'une manière expresse et non douteuse.

Aujourd'hui la course et ses conséquences sont soumises, chez toutes les puissances civilisées, à deux conditions principales dont les autres ne sont en quelque sorte que le développement et le corollaire : la première, c'est que celui qui veut armer en course doit être spécialement commissionné à cet effet par l'une des puissances belligérantes ; la seconde, c'est que les prises faites par un corsaire de même que celles qui sont faites par un bâtiment de guerre ne deviennent la propriété incommutable du capteur qu'après avoir été déclarées légitimes par l'autorité compétente.

Je m'occuperai d'abord de la commission dont le corsaire doit être pourvu ; la légitimité et la validité des prises feront ultérieurement l'objet d'un examen particulier.

161. La course étant une délégation du droit de guerre, et ce droit n'appartenant qu'au souverain, il en résulte d'abord que nul ne peut faire la course de son chef, puisque l'individu qui s'attribuerait un droit de guerre qui n'appartient pas aux particuliers se mettrait en rébellion contre la société. Il serait en quelque sorte dénationalisé, et devrait être poursuivi comme pirate et comme ennemi de toutes les nations, même de celle à laquelle il appartiendrait, et dont il aurait principalement méconnu l'autorité. Telle est la loi française (1), tels sont les lois et les usages du monde civilisé. La lettre de marque est tellement nécessaire qu'il a été décidé, le 31 janvier 1761, par le Conseil des prises, que des armateurs auxquels le roi avait

et politiques, dans les séances des 4 et 11 août 1860. V. le *Compte rendu des séances de l'Académie des sciences morales et politiques*, p. M. Ch. Vergé, t. LV, p. 125. — Voy. aussi sur la course M. Cauchy, t. I, p. 64.

(1) L. 10 avril 1825, art. 1 ; ordonnance de 1681, titre *Des prises*, art. 1 et 5 ; V. Cauchy, t. I, p. 345 et s.

cédé deux frégates pour faire la course, n'avaient pas été suffisamment commissionnés par cette autorisation tacite. Il est vrai qu'on ne les a pas condamnés comme pirates : leur bonne foi les protégeait contre une accusation de cette nature ; mais les prises qu'ils avaient faites ont été confisquées (1).

De ce que le droit de guerre n'appartient qu'au souverain, il résulte encore que le souverain seul ou son représentant peut délivrer des lettres de marque. En France, les lettres de marque étaient autrefois délivrées par l'amiral, qui était, en cette partie, le représentant du roi ou du souverain (2). Aujourd'hui elles sont délivrées par le ministre de la marine, ou par ses délégués, hors du territoire continental de la France (3).

162. Une difficulté que certaines instabilités trop fréquentes à notre époque sont de nature à soulever, naît du point de savoir en qui réside la souveraineté, quant au droit de délivrer des lettres de marque, dans les temps de guerre civile, de révolutions, et lorsque deux partis, ou les hommes dans lesquels ces partis se personnifient, se disputent le pouvoir. La question n'est pas neuve. Lors du soulèvement des Pays-Bas contre l'Espagne, dans le seizième siècle, l'Espagne, et même les autres puissances, refusèrent de reconnaître la légitimité des lettres de marque délivrées par les insurgés. Jacques II, roi d'Angleterre, détrôné et réfugié en France, à la fin du dix-septième siècle, prétendit au droit de délivrer des lettres de marque (4). Dans la guerre de l'indépendance des États-Unis d'Amérique, l'Angleterre commença par traiter les armateurs américains comme rebelles et comme pirates, et ne consentit que plus tard à leur accorder le traitement de corsaires légitimes (5). Enfin, dans les premières guerres de la révolution

(1) Voy. Valin, *Traité des prises*, p. 22; Emérigon, *Des assurances*, t. I, p. 562.

(2) Ordonnance de 1681, tit. *Des prises*, art. 1, conforme à toutes les ordonnances antérieures, spécialement à la plus ancienne, du 7 déc. 1400, que j'ai déjà eu l'occasion de citer.

(3) Arrêté du 2 prair. an II, art. 15 et 112.

(4) Valin, sur l'art. 9, tit. I, de l'ordonnance de 1681; et *Traité des prises*, p. 22.

(5) Acte 16, George III, ch. v.

française, l'Angleterre essaya, mais sans succès, de faire considérer les corsaires français comme des pirates non commissionnés, en refusant de reconnaître la légitimité des lettres de marque émanées du gouvernement révolutionnaire (1).

Comme on le voit, plusieurs hypothèses peuvent se présenter, et la question peut être envisagée, suivant les hypothèses desquelles elle ressort, soit sous le rapport du droit vis-à-vis des autres nations, d'une nation qui change de gouvernement ou de souverain; — soit sous le rapport du droit de l'ancien souverain qui se trouve évincé; — soit sous le rapport des droits de deux partis qui se disputent la souveraineté; — soit enfin sous le rapport du droit d'un peuple qui se sépare de celui auquel il avait été jusque-là incorporé, et qui se rend indépendant.

Toute nation est maîtresse chez elle : le véritable souverain de cette nation est donc celui qu'elle se donne et qu'elle se reconnaît régulièrement, sans qu'il soit nécessaire que ce souverain soit reconnu par les autres nations. Les actes qu'il fait sont donc des actes de souveraineté, alors surtout qu'il s'agit d'actes qui ont rapport à la guerre, parce que, soit qu'il se défende, soit même qu'il attaque, il est incontestable qu'il a le droit de faire la guerre, par cela seul qu'il en a la force, et que la nation à laquelle il commande voit en lui son représentant. Les autres nations, qui ne peuvent lui dénier ce droit, ne peuvent lui dénier davantage celui de faire tout ce qui s'y rapporte. Les lettres de marque qu'il délivre sont donc légitimes à l'égard des nations étrangères.

Il suit de là, et c'est le second cas, que celui qui est évincé de la souveraineté, dont le pouvoir n'est plus soutenu par l'assentiment de la nation qui a remis ce pouvoir entre les mains d'un autre, n'a plus le droit de faire aucun des actes qui se rattachent à l'exercice d'un pouvoir qu'il n'a plus et d'une souveraineté dont il n'est plus le représentant effectif. La solution ne serait pas autre, lors même qu'on admettrait une

(1) Voy. la note présentée, au nom du gouvernement anglais, au gouvernement danois, en 1793, et la réponse de ce gouvernement dans le *Recueil* de Martens, t. V, p. 238 ; — Voy. aussi Martens, *Des armateurs*, § 11.

souveraineté de droit distincte de la souveraineté de fait, et dont le caractère serait indélébile. Il ne s'agit pas de savoir quel est, si je puis parler ainsi, le *propriétaire* de la souveraineté, mais quel en est le *possesseur*. Celui qui n'en a pas la possession, ne peut en faire usage, en supposant même qu'il en eût la propriété, puisqu'il n'a aucun moyen de l'exercer d'une manière utile. C'est donc celui qui, ayant en main le pouvoir, à quelque titre que ce soit, peut seul faire la guerre, qui seul peut déléguer le droit de la faire.

Mais la question devient beaucoup plus délicate dans le cas de guerre civile, et lorsque la nation se trouve divisée en deux partis qui se disputent le pouvoir les armes à la main. Tant que dure la guerre civile, tant qu'il y a alternative de revers et de succès, tant que ni l'un ni l'autre des deux chefs en qui se personnifient les opinions contraires, ne peut se prévaloir d'un assentiment général, les règles que je viens d'exposer sont difficilement applicables, puisque la force pourrait à chaque instant déplacer le droit, et que, la force étant divisée, le droit le serait également. On peut dire qu'alors il n'y a plus de règle; que les circonstances peuvent seules faire décider d'après la nature des faits en qui réside la souveraineté ou du moins le droit de l'exercer; et qu'il peut même arriver que des actes de souveraineté, tels que l'émission de lettres de marque, soient valables de part et d'autre, du moins à l'égard des nations étrangères. Quant aux deux partis qui se disputent le pouvoir, on comprend très-bien qu'ils ne reconnaissent pas la légitimité de leurs actes réciproques.

J'arrive au quatrième cas, celui où il s'agit du droit d'un peuple, qui, jusque-là, dans la dépendance d'un autre peuple, s'en sépare et se rend indépendant.

D'abord à l'égard des nations étrangères qui ne peuvent être juges des droits d'un peuple, aussitôt que, de fait, il a recouvré son indépendance, ses actes de souveraineté sont légitimes, et ses armateurs dûment commissionnés doivent être traités comme corsaires et non comme pirates. Tout ce que j'ai dit sur la première hypothèse peut s'appliquer à celle-ci.

Mais à l'égard de la nation dont se séparent les insurgés, il est manifeste que son premier mouvement sera de les traiter en révoltés et non en ennemis légitimes. Cependant, comme une guerre d'indépendance n'est pas une guerre civile proprement dite, mais plutôt une guerre de peuple à peuple, il n'est pas douteux que cette nation ne doive accorder à leurs corsaires un traitement conforme à leur qualité.

D'ailleurs, en cette matière, suivant la remarque fort juste de Martens (1), la crainte de la rétorsion engage à la modération toutes les parties, même celles qui n'y seraient pas naturellement portées, mais qui ont intérêt à traiter leurs adversaires, quels qu'ils soient, comme elles-mêmes veulent être traitées (2).

163. C'est une question que de savoir si les bâtiments qui s'arment, non pour l'attaque, mais seulement pour la défense, ont besoin de lettres de marque. Je crois que, la défense étant de droit naturel, on ne pourrait imposer aux armateurs qui veulent se mettre en état d'user de ce droit des conditions qui en restreindraient l'exercice (3). Seulement, dans ce cas, comme le droit de propriété sur la prise dérive de la lettre de marque ou de la commission délivrée par le souverain, le capteur non commissionné ne peut s'approprier la prise qu'il aurait faite en se défendant : cette prise reste la propriété du souverain pour le compte duquel elle est réputée faite, à moins qu'une loi particulière de l'État n'en attribue la propriété au capteur (4). Telle est la disposition de l'art. 34 de l'arrêté du 2 prair. an II (5). Quant à la prise qu'un vaisseau armé pour la défense aurait faite en attaquant, alors qu'il n'est pas pourvu de lettres de marque, elle est confisquée au profit de l'État, et le capteur peut même être poursuivi et condamné

(1) *Des armateurs*, § 11.

(2) Voy. sur ces divers points Martens, *Droit des gens moderne*, liv. III, ch. II ; et les *notes* de M. Pinheiro-Ferreira.

(3) Voy. Martens, § 12 ; Émérigon, *Des assurances*, t. 1, p. 561 ; Valin, *Traité des prises*, p. 23.

(4) Voy. les autorités précitées. — Arrêt du cons., du 13 janv. 1705.

(5) Il en est de même en Hollande, suivant placards du 6 juin 1702, art. 7 ; de 1747, art. 6 ; de 1781, art. 6 ; de 1793, art. 6.

comme pirate (1). Aussi les armateurs ou expéditeurs qui s'exposent aux dépenses d'un armement pour la défense, étant assez disposés à chercher à faire des prises pour se dédommager de leurs frais, il arrive le plus habituellement qu'ils se munissent d'une lettre de marque, qui, en les autorisant à armer *en guerre et en marchandises*, légitime de plus fort les prises qu'ils font en se défendant, et leur permet de plus l'attaque, quoique leur but principal soit la défense des marchandises que transporte leur navire (2).

L'armement en guerre et marchandises ne diffère donc de l'armement en course proprement dit que par le nom, puisque le navire armé en guerre et marchandises peut non-seulement se défendre, mais encore attaquer comme le navire armé en course (3). Cependant on a douté quelquefois si le navire armé en course pouvait avoir une cargaison marchande (4). Le doute provenait de ce que les corsaires prétendaient que leur pavillon militaire faisait de leur bâtiment un vaisseau de guerre, et de ce qu'ils aspiraient en conséquence à l'immunité de la visite dans les ports étrangers, immunité à laquelle ont droit les vaisseaux des souverains ; ce qui pouvait leur procurer le moyen de faire la contrebande. Mais comme cette prétention ne paraît pas de nature à être admise parce que le bâtiment corsaire n'est jamais qu'un bâtiment particulier, quelle que soit d'ailleurs sa destination, il en résulte que dans la réalité il n'y a pas d'inconvénients à ce que les corsaires se chargent de marchandises. Il y a même à cela cet avantage que s'ils sont nuisibles au commerce, dont ils troublent les communications, ils peuvent, d'un autre côté, réparer une partie du mal qu'ils lui font, en servant de moyens de transport.

164. Les lettres de marque sont délivrées pour un certain temps dont leur teneur détermine la durée. Cette durée est,

(1) Arr. 2 prair. an XI, art. 34.
(2) *Ibid.*, art. 5.
(3) Martens, *ubi sup.*
(4) Une loi hollandaise, du 28 juillet 1705, ne permettait aux corsaires de se charger de marchandises que pour leur servir de lest.

suivant la nature des croisières auxquelles se destinent les corsaires, de six, douze, dix-huit ou vingt-quatre mois (1). Mais on comprend que la fin de la guerre avant l'expiration de leur durée prévue, y met naturellement un terme. Rien ne s'oppose d'ailleurs à ce que le souverain qui a donné des lettres de marque puisse les révoquer quand il le juge convenable. En faisant délégation du droit de guerre aux particuliers, le souverain a dû y mettre cette condition, exprimée ou sous-entendue, mais nécessaire, qu'il pourrait toujours rappeler à lui la part de puissance qu'il leur avait momentanément confiée, et qu'il ne dépend pas de lui d'aliéner, même pour un temps déterminé.

165. Il semble au premier abord que, d'après la nature des choses, rien ne s'oppose à ce qu'un étranger puisse solliciter et obtenir des lettres de marque d'une puissance autre que celle à laquelle il appartient ; car s'il est permis de considérer la course comme une guerre légitime, il doit être également permis d'accepter des auxiliaires pour la faire. Cependant, en y regardant de plus près, on reconnaît qu'il n'en peut être ainsi, que l'obtention de lettres de marque étrangères serait inutile, et qu'elle pourrait être dangereuse et même coupable dans les cas où elle ne serait pas inutile.

Elle serait inutile, si ceux qui prétendent obtenir commission d'un souverain étranger étaient eux-mêmes sujets d'un autre souverain engagé dans la guerre et faisant cause commune avec le premier, puisqu'il leur suffirait d'obtenir des lettres de marque de leur souverain ; dangeureuse, s'ils étaient sujets d'un non-belligérant dont ils compromettraient la neutralité en prenant part à la guerre ; coupable, si, sujets d'un belligérant, ils obtenaient commission d'une puissance ennemie. Aussi, d'après une législation généralement admise, les nations ou les souverains s'interdisent respectivement la faculté de délivrer des lettres de marque aux étrangers, tandis qu'ils interdisent à leurs nationaux d'en prendre des puissances étrangères (2), sauf le cas d'une autorisation expresse et spé-

(1) Arr. 2 prair. an XI, art. 19.

(2) Voy. les nombreuses autorités législatives et les traités cités par Mar-

ciale que leur souverain peut toujours leur donner, parce que, n engageant que sa responsabilité, il est le maître de l'engager, s'il le croit conforme à ses intérêts.

Ceux qui, sans cette autorisation, prennent commission d'une puissance étrangère, sont considérés comme pirates par leur souverain (1); mais comme la défense qui est faite de prendre commission d'une puissance étrangère, a pour but non l'intérêt de celui contre lequel la commission est donnée, mais l'intérêt du souverain qui la donne et du souverain de celui qui l'obtient, il en résulte que celui qui, avec ou sans autorisation de son souverain, a obtenu commission d'un souverain étranger, ne peut être traité en pirate par les ennemis du souverain dont il a commission, et dont il devient à son tour l'ennemi légitime. La commission qu'il a obtenue le dénationalise momentanément, et le rend sujet du pavillon sous lequel il combat; tout ce que peut faire alors la puissance contre laquelle la commission est donnée, c'est d'adresser des représentations à celle dont celui qui l'a obtenue est sujet, et de la traiter en ennemie si justice ne lui est pas rendue.

166. Des motifs analogues empêchent qu'on ne puisse prendre commission de deux souverains. Si les deux souverains ne sont pas alliés, comment le corsaire pourrait-il à la fois servir l'un et l'autre, et remplir l'obligation qu'il contracte, en acceptant des lettres de marque d'une puissance, d'embrasser son parti (2)? S'ils sont alliés, une double commission devient inutile, puisque l'armateur n'a pas plus de droits avec deux qu'avec une; qu'il ne peut arborer deux pavillons, avec deux souverains; et que cette double commission le mettrait dans l'impossibilité de se conformer aux instructions opposées ou contraires qu'elles contiendraient, et à la règle géné-

tens, § 14; et pour la France, l'arrêté du 2 prair. an XI, art. 16; et la loi du 10 avril 1825, art. 7.

(1) L. 10 avril 1825, art. 7.

(2) « On oblige même, dit Martens (*Des armateurs*, § 14, note *x*), tous les armateurs de prêter secours aux vaisseaux de guerre de leur souverain dans les occasions; mais il est rare d'en voir les effets; il l'est moins, sans doute, de les voir disparaître à l'approche d'un danger, qui ne leur offre pas l'amorce d'un butin considérable. »

ralement admise, suivant laquelle le juge du capteur est le juge de la prise (1). Aussi une double commission donne naissance à une présomption de fraude qui autorise à traiter comme pirate celui qui en est pourvu (2). C'est ce que décident les règlements britanniques qui seuls, je le crois, prévoient la question (3).

167. Pour assurer de plus fort la fidélité du corsaire à son pavillon et au souverain qui l'a commissionné, la loi française exige que la majorité de l'équipage soit composée de nationaux, et que les étrangers y soient en minorité (4). Mais, d'un autre côté, pour que des entreprises particulières ne paralysent pas les moyens réels de défense du pays, en occupant en trop grand nombre les marins portés sur les registres de l'inscription maritime, qui en temps de guerre sont destinés surtout au service des vaisseaux de l'État, il est défendu d'embarquer sur les bâtiments armés en course plus d'un huitième des matelots inscrits. En conséquence, les commissaires préposés à l'inscription maritime ne peuvent recevoir d'enrôlement, ni délivrer de permission d'embarquer pour la course, qu'autant que le nombre des matelots employés à ce service n'excède pas le huitième de ceux inscrits (5).

168. On assujettit de plus le corsaire à fournir caution proportionnelle à l'importance de l'armement : cette caution doit être fournie solidairement par l'armateur, le capitaine et deux personnes non intéressées à l'armement (6). Elle a pour objet d'assurer la réparation des déprédations ou des délits qui seraient commis par le capitaine ou l'équipage. Elle a aussi pour objet l'intérêt des armateurs, dont elle limite la responsabilité à l'égard de ces mêmes faits, jusqu'à concurrence du montant de la caution, et qui ne peuvent être tenus au delà

(1) Voy. *inf.*, sect. III, § 5.

(2) Ordonn. 1681, tit. *Des prises*, art. 5 : L. 10 avril 1852, art. 1 ; Valin, *Des prises*, p. 52 ; Martens, *Des armateurs*, § 14. — *Contrà*, d'Abreu, *Traité des prises*, part. II, ch. I, §§ 7 et 8, dans les cas où il y a alliance entre les deux souverains, et Calvo, t. II, § 938.

(3) Phillimore, t. II, §. 938.

(4) Lettre du roi à l'amiral, du 1er mars 1710 ; arr. 2 prair. an XI, art. 10.

(5) Arr. 2 prair. an XI, art. 9.

(6) *Ibid.*, art. 20.

qu'autant qu'ils se sont rendus participants ou complices des délits qu'il s'agit de réparer (1). L'armateur est réputé complice à l'égard de ceux qui forment contre l'équipage une demande en dommages-intérêts, lorsqu'il a pris sa part dans le profit qu'il savait provenir de déprédations. Mais sa complicité n'aurait un caractère criminel et ne pourrait autoriser des poursuites contre lui devant les tribunaux répressifs, que s'il avait conseillé, ordonné les déprédations, ou s'il y avait coopéré (2).

169. Sauf ces restrictions ou conditions, les plus grandes facilités sont données aux armements en course. Et comme, en général, les dépenses d'armement et les risques auxquels s'exposent les corsaires pourraient excéder soit les facultés d'un seul, soit la mesure dans laquelle un seul consentirait à s'exposer aux chances de la guerre, on autorise les armements par des sociétés ; et pour faciliter leur établissement, la loi déclare que les sociétés pour la course, s'il n'y a pas des conventions contraires, sont réputées en commandite, soit que les associés se soient associés par des quotités fixes ou par actions (3). Toutefois, nous verrons plus tard (4) que ces sociétés diffèrent essentiellement des sociétés en commandite ordinaires.

170. Observons ici qu'il est défendu, sous peine de destitution, à tous officiers, administrateurs, agents diplomatiques et commerciaux, et aux autres fonctionnaires appelés à surveiller l'exécution des lois sur la course et les prises, ou à concourir au jugement de leur validité, d'avoir des intérêts directs ou indirects dans les armements en course, ou en guerre et marchandises (5).

171. Il nous reste maintenant à traiter des prises faites soit par des bâtiments armés en course, soit par des bâtiments de guerre. Mais comme par une singulière extension des

(1) C. com., 217.
(2) Dageville, *Droit commercial expliqué par la jurisprudence*, t. II, p. 143.
(3) Arr. 2 prair. an XI, art. 1.
(4) En traitant des sociétés.
(5) Arr. 2 prair. an XI, art. 122.

lois de la guerre, on autorise la prise non-seulement des propriétés ennemies, mais aussi des propriétés neutres, et que les prises des unes et des autres se trouvent le plus ordinairement, quant à la forme, soumises aux mêmes règles, il est nécessaire, avant de parler de la matière toute spéciale des prises, d'exposer les droits de la neutralité en cas de guerre maritime.

SECTION II. — DES EFFETS DE LA GUERRE A L'ÉGARD DES NEUTRES.

§ I. — *Principes généraux sur la neutralité.*

SOMMAIRE. — 172. Définition de la neutralité. — 173. L'auxiliaire n'est pas neutre. — 174. La neutralité n'a pas besoin d'être déclarée. — 175. Différentes espèces de neutralité. — 176. Droits résultant de la neutralité. — — 177. Droits des belligérants. — 178. Fausse doctrine de l'intérêt des belligérants. — 179. Réfutation de l'opinion de Puffendorf et de M. de Gentz. — 180. Les droits des neutres et des belligérants peuvent être modifiés par des traités. — 181. Limites des droits réciproques des belligérants et des neutres. — 182. Erreur de la plupart des publicistes. — 183. Règle servant à déterminer les droits des neutres et des belligérants. — 184. Transition.

172. La neutralité est la continuation exacte de l'éclat pacifique d'une puissance qui, lorsqu'il s'allume une guerre entre deux ou plusieurs nations, s'abstient absolument de prendre part à leurs querelles.

Cette définition, qui est donnée par Azuni (1), me paraît la plus juste et la plus claire de toutes celles qui ont été données par les publicistes (2). Je la préfère notamment à celle

(1) *Droit maritime de l'Europe*, t. II, p. 44.

(2) Hubner (*De la saisie des bâtiments neutres*, part. I, ch. I, § 1) décrit la neutralité plutôt qu'il ne la définit. « La neutralité, dit-il, consiste dans une inaction entière relativement à la guerre, et dans une impartialité exacte et parfaite, manifestée par les faits à l'égard des belligérants, autant que cette impartialité a rapport à cette guerre même et aux moyens directs et immédiats de la faire. » — Suivant Heffter, § 144, la neutralité est « la continuation de l'état pacifique d'une puissance, ou son abstention de tout acte d'hostilité directe ou indirecte envers les belligérants. » — M. Hautefeuille (t. I, p. 197), après avoir critiqué toutes ces définitions, dit qu'il ne pense pas qu'il soit nécessaire de donner une définition de la neutralité, et que ce qui importe réellement, c'est de tracer d'une manière claire et précise les devoirs des neutres. V. encore sur la définition de la neutralité, Grotius, liv. III,

que donne Galiani (1). Suivant Galiani, la neutralité est « la position d'un prince qui, se trouvant en état de repos, d'amitié ou d'alliance avec d'autres princes qui étaient en paix entre eux, continue à rester dans le même état à leur égard, quoiqu'il se soit élevé entre eux un sujet de rupture ou de guerre. » Cette définition, qui revient au fond à celle d'Azuni, est cependant beaucoup moins claire et aussi moins exacte. Galiani suppose que la neutralité consiste, pour ceux qui sont *en état d'alliance* avec un des belligérants, à rester dans cet état d'alliance, sans réfléchir, ainsi que le fait remarquer Azuni, que cet état d'alliance peut le forcer de prendre part à la querelle et lui faire rompre la neutralité.

173. Le prétendu neutre devient alors l'auxiliaire du belligérant avec lequel il est en état d'alliance, et le secours qu'il lui prête est incompatible avec la neutralité, qui exige une abstention complète de tout ce qui a rapport à la guerre. On a prétendu, il est vrai, qu'une nation qui prête à une autre des secours limités et déterminés par conventions antérieures à la guerre, ne cesse pas pour cela d'être neutre (2). Mais la limitation des secours ne leur enlève pas leur caractère hostile et partial ; on ne peut à la fois coopérer à la guerre et prétendre rester en paix. Il n'y a pas d'état intermédiaire entre la paix et la guerre (3) ; et si en certains cas des nations ont prétendu à cet état, si même leurs prétentions ont été admises, ce sont là des faits particuliers produits par des circonstances de temps et de lieu, ou par des considérations politiques qui doivent rester sans influence sur la question de droit (4). Il est probable que si la Suisse, au lieu d'avoir un

ch. XVII ; Bynkershoëck, *Quæst.*, lib. I, cap. IX ; Martens, *Précis*, § 305 ; Vattel, liv. III, § 103 ; Wheaton, part. IV, ch. III, § 1 ; Phillimore, t. III, § 136 ; Fiore, t. II, p. 361 ; Kluber, § 279 ; Bluntschli, § 742 ; Cauchy, t. I, p. 24 et t. II, p. 62 et suiv. ; Vergé, sur Martens, t. II, p. 298 et suiv. ; Calvo, t. II, § 1011.

(1) *Dei doveri dei principi neutrali verso I principi guerregianti, e di questi verso I principi neutrali*, p. 7, defin. 5.

(2) Rayneval, p. 245 ; Kluber, § 192.

(3) Hautefeuille, t. I, p. 213 et suiv.

(4) Martens, *Droit des gens*, § 304 ; Azuni, t. II, p. 82.

territoire méditerrané et enclavé de toutes parts dans des États réciproquement intéressés à la considérer comme neutre, eût été une nation maritime et commerçante, les puissances européennes, qui pendant si longtemps sont venues recruter leurs armées dans ses cantons, n'auraient pas si patiemment admis cette singulière neutralité.

174. Une puissance est donc dans un état parfait de neutralité lorsqu'en temps de guerre elle ne prend aucune part aux querelles des parties belligérantes, qu'elle ne change rien à sa conduite pacifique envers elles, et conserve à leur égard une scrupuleuse impartialité. D'où il suit que la neutralité ne constitue pas un état nouveau pour la nation qui l'adopte : elle n'est que la continuation d'un état antérieur. Pour exister, elle n'a donc pas besoin d'être expressément déclarée (1).

175. La neutralité est permanente ou particulière, accidentelle ou générale. Elle est permanente ou particulière, lorsqu'il a été convenu dans les traités faits entre plusieurs puissances qu'une nation serait toujours neutre ; accidentelle ou générale, lorsque, dans une guerre entre deux peuples, un autre peuple garde une neutralité volontaire. Mais la neutralité est toujours générale, en ce sens qu'elle est absolue, c'est-à-dire que l'impartialité qui en constitue un des caractères principaux doit s'étendre à tous les rapports qui existent entre les belligérants et les neutres. En d'autres termes, la neutralité est toujours pleine et entière ; jamais elle ne peut être limitée (2).

176. De ce que la neutralité est la continuation de l'état pacifique d'une puissance, et de ce que, par conséquent, il n'y a rien de changé dans la position de cette puissance, il suit que les droits que le neutre avait avant la guerre, restent les mêmes lorsque la guerre a éclaté ; de telle sorte qu'il peut, pendant comme avant la guerre, continuer et faire tout com-

(1) Hubner, part. II, ch. II, § 2; Azuni, t. II, p. 69 ; Hautefeuille, t. I, p. 225.

(2) Azuni, t. II, p. 55. — Voy. sur les divisions de la neutralité, Hautefeuille, t. I, p. 200 et suiv. ; Wheaton, part. IV, ch. III, § 2 et suiv. ; Fiore, t. II, p. 361 et suiv. ; Bluntschli, § 741 ; Calvo, t. II, § 1043.

merce pacifique, sous la seule condition de conserver entre les parties belligérantes une exacte impartialité (1).

Cette proposition n'est ni contestable ni contestée, en ce qui touche les relations et le commerce réciproque de deux nations neutres. Elle ne me semble pas plus contestable, bien que contestée, en ce qui touche le commerce des neutres avec les belligérants. Il est, sans doute, permis à un belligérant de refuser de faire le commerce avec un neutre ; mais il ne lui est pas permis d'interdire au neutre un commerce pacifique avec un autre belligérant, parce qu'il ne lui est pas permis de s'immiscer dans les affaires du neutre et de gêner sa liberté naturelle (2). Et comme les belligérants n'usent jamais du droit qui leur appartient de refuser le commerce avec un neutre ; qu'au contraire chacun d'eux veut se réserver ce commerce exclusif, en interdisant au neutre le droit de le faire avec son ennemi, il en résulte que le neutre se trouve placé, en quelque sorte, entre deux feux, chacun des belligérants ne lui reconnaissant le droit de continuer et de faire son commerce qu'autant qu'il le fait avec lui seul, et le traitant en ennemi, dès qu'obéissant aux lois de la neutralité, il le fait également et impartialement avec l'un et avec l'autre (3).

(1) *Qui neutrarum partium sunt, ea præstare utrique belligerantium part debent, quæ jure gentium debentur extra bellum...; qui neutrarum partium sunt, eorum respectu bellum non est, ipsi vero utrique belligerantium amici sunt. Quæ igitur extra bellum seu pacis tempore, gentibus præstantur a gente, ea etiam præstanda sunt utrique belligerantium parti. Quod uni præstatur id præstandum quoque alteri, si eodem indiget.* (Wolff, *Jus gent.*, cap. VIII, § 683.) — *Jus gentium commune in hanc rem non aliundè licet discere quam ex ratione et usu. Ratio jubet ut duobus invicem hostibus, æquè amicus sim...* (Bynkershoëck, *Quæst. jur. publ.*, lib. I, cap. x.) — *Inter duos populos mihi amicos sed invicem hostes commercia mihi exercere licet, nisi pacta expressa vel tacita, id quodammodo impediant.* (*Ibid.*, cap. XIII.)

(2) *Quod si altera gens sine alterius consensu omnimodo mihi commerciis interdicat, injusta utique erit interdictio quoad subditos non suos.* (Bynkershoëck, *ibid.*)

(3) C'est ce qui est arrivé aux États-Unis d'Amérique pendant le blocus continental. Le gouvernement anglais (ordres du conseil du 11 nov. 1807) défendait aux bâtiments américains tout commerce avec le continent européen, s'ils n'avaient pas d'abord débarqué leur cargaison dans un port de la Grande-Bretagne. Et Napoléon Ier, de son côté, déclarait *dénationalisé* tout bâtiment américain qui s'était soumis à un voyage en Angleterre, et lui in-

Il suit de là que les belligérants, sans nier absolument le droit des neutres à un commerce pacifique, s'attribuent le droit supérieur de limiter ce commerce, suivant leurs convenances et leurs intérêts particuliers. Mais par cela seul que le droit antérieur des neutres est établi et reconnu en principe, il en résulte que ce droit ne peut cesser qu'autant qu'il survient un fait qui donne naissance au droit nouveau et supérieur dont les belligérants entendent se prévaloir.

Or, la survenance de l'état de guerre ne peut à elle seule et par elle-même constituer le fait nouveau qui altère le droit des neutres de faire un commerce pacifique avec les belligérants. En effet, si l'état de guerre n'autorise pas les belligérants à interrompre les relations privées et commerciales de leurs sujets respectifs, à traiter en ennemis les citoyens des nations ennemies, et à s'emparer des propriétés particulières; à plus forte raison n'autorise-t-il pas les belligérants à exercer contre les citoyens des nations neutres des violences qui ne sont pas permises même contre les sujets ennemis. Et si un usage coupable permet aux belligérants de vexer les sujets ennemis, de s'emparer de leurs vaisseaux et de leurs marchandises, d'interrompre leur commerce, il est manifeste que cet abus ne peut tourner en droit contre les neutres; et qu'en supposant même que l'usage entre ennemis fût fondé en droit, il ne pourrait être étendu aux nations qui restent en dehors des querelles de leurs voisins. La guerre est un état exceptionnel qui jette ceux qui s'y trouvent engagés hors des voies normales; qui les place dans une position violente de laquelle ils attendent, en compensation des maux présents, les avantages futurs que leur fait espérer la victoire. Mais il est évident que cette position est propre à l'état de guerre; que la gêne qu'elle impose aux belligérants est l'effet du consentement de ceux-ci à s'y soumettre, dans un but intéressé; et qu'on ne peut conséquemment assigner cette position et imposer cette gêne à ceux qui, préférant la paix, se trouveraient

terdisait l'entrée de tous les ports du continent. (Décret de Milan, du 17 décembre 1807.)

injustement exposés à tous les maux de la guerre, sans avoir en perspective aucun des avantages.

177. Sans doute, comme la guerre est l'exercice d'un droit, les nations belligérantes ont le droit de faire tout ce qui a un rapport nécessaire avec le but de la guerre, et par suite d'empêcher tout ce qui peut fortifier leur ennemi. Mais ce droit étant nécessairement subordonné au droit antérieur des neutres, on aurait tort d'en conclure que sous prétexte que le commerce pacifique des neutres fortifie son ennemi, une nation belligérante peut le leur interdire. Le droit de défense n'autorise les belligérants à empêcher les actes qui fortifient leur ennemi qu'autant que ces actes ont pour but direct et pour résultat immédiat de le fortifier relativement à la guerre : il ne peut les autoriser à empêcher tout ce que les tiers ont le droit de faire, encore bien qu'occasionnellement l'ennemi en retire quelque profit. Personne n'est fondé à se plaindre du tort indirect qu'il éprouve de l'exercice pur et simple du droit d'un tiers. C'est ainsi que, lorsqu'en creusant un puits dans mon fonds, j'y attire les veines d'eau qui sans cela auraient coulé dans le fonds de mon voisin, j'use d'un droit dont celui-ci ne peut empêcher l'exercice, à moins qu'il n'ait acquis sur la source un droit antérieur (1).

En supposant donc que les belligérants aient le droit de tout faire pour diminuer les forces de leur ennemi (ce qui est loin d'être admissible, car la guerre a ses lois qu'il n'est pas permis d'enfreindre), ils ne sauraient se prévaloir de ce droit relativement aux neutres, pour empêcher leur commerce pacifique, impartial et véritablement neutre. La guerre n'établit aucuns rapports nouveaux entre les belligérants et les neutres, puisque la neutralité n'est que la continuation de l'état de paix ; et, tant que le neutre reste neutre, le belligérant qui se trouve avec lui dans les mêmes rapports qu'avant la guerre, n'a pas plus de droits sur lui qu'il n'en avait pendant la paix. Et de même qu'il n'est pas contestable que deux États qui sont en paix l'un avec l'autre n'ont pas le droit d'interdire l'un à l'autre le commerce avec un tiers, de même il faut nécessairement

(1) Voy. Hubner, part. I, ch. IV, § 5.

reconnaître que la circonstance d'une guerre dans laquelle un des deux États se trouve engagé, ne peut en rien modifier ses droits à l'égard de l'autre qui y reste étranger, parce qu'alors l'état de paix n'en continue pas moins entre le belligérant et le neutre. Tout droit suppose un devoir de la part de celui sur lequel le droit s'exerce ; or, où se trouve le germe du devoir et de l'obligation qu'aurait contractés le neutre de s'interdire tout commerce pacifique et impartial que les belligérants croiraient de leur intérêt d'interrompre? Le devoir des neutres, c'est la neutralité et l'impartialité ; non pas une impartialité passive qui les condamne à une inaction absolue; mais une impartialité active qui leur permet d'agir comme pendant la paix, sous la seule condition de rester neutres, c'est-à-dire de ne prendre à la guerre aucune part directe ou indirecte, et de ne favoriser aucun des belligérants. Le droit des belligérants, c'est de maintenir les neutres dans cette ligne d'impartialité et de neutralité; mais quel que puisse être leur intérêt, ils ne peuvent rien davantage. Si l'intérêt est une des conditions nécessaires de l'exercice d'un droit, jamais il ne peut en être le fondement unique.

178. Si l'on admettait cette doctrine de l'intérêt, il n'y aurait pas de raison pour que les belligérants n'eussent pas le droit d'interdire le commerce des neutres dans le but de leur empêcher d'acquérir pendant le cours de la guerre une prépondérance capable de l'emporter encore après le rétablissement de la paix (1). Leur intérêt est même beaucoup plus évident, quand il s'agit pour eux d'empêcher des neutres d'accroître leur influence commerciale que lorsqu'il s'agit d'interdire le commerce des neutres dans le but d'empêcher l'accroissement des forces de l'ennemi. C'est en effet une question qui est loin d'être éclaircie, que celle de savoir si le commerce pacifique et impartial des neutres avec un belligérant peut être très-profitable à ce dernier, tandis qu'il n'est pas douteux qu'il soit très-avantageux pour le neutre. La nation bellige-

(1) M. de Gentz semble aller jusque-là, *Mém.*, p. 415.

rante perd en temps de guerre tout le bénéfice du fret, parce que ses navigateurs n'osent pas sortir; et s'ils sortent, elle perd le prix des assurances, qui augmente en raison des dangers qu'ils courent. Le commerce avec cette nation devient en conséquence une espèce de monopole pour les neutres, qui haussent le prix du fret, ce qui augmente le prix de la marchandise: d'où il résulte que le profit le plus clair est pour le neutre, qui gagne doublement et par l'augmentation du nombre des affaires, et par l'accroissement des prix, tandis que le belligérant perd doublement et par les bénéfices qu'il ne fait pas, et par les dépenses nouvelles qu'il est obligé de faire (1). Aussi la jalousie des progrès commerciaux des neutres a souvent été le motif réel, quoique non avoué, de l'opposition des belligérants au commerce des neutres, alors même qu'ils le déguisaient sous des prétextes plus honnêtes (2). Mais, en cela, les belligérants, qui violaient les règles du droit et de l'équité, ne violaient pas celles de la logique, puisque, s'il leur est permis de prendre leur intérêt pour mesure de leur droit, ils sont par cela même autorisés toujours et partout à empêcher ce qui est contraire à leurs intérêts.

Cette conséquence prouve tout ce qu'il y a de faux dans un système qui fait dépendre le droit et le commerce pacifique des neutres de l'intérêt qu'un belligérant pourrait avoir à l'interdire pour affaiblir son ennemi.

179. Cependant des publicistes n'ont pas hésité à nier le droit naturel et antérieur des neutres à faire tout commerce pacifique et impartial, pour lui substituer le droit de la force dont disposent les belligérants.

(1) Hubner, part. I, ch. IV, § 5. — Heineccius (*De navib. ob. vectur. vetitar. merc. comm.*, § 8) va jusqu'à dire que le commerce des marchandises de luxe affaiblit l'ennemi loin de le fortifier, et que, par cette raison, l'intérêt du belligérant n'est pas de l'interdire. — Voy. Hautefeuille, t. IV, p. 198.

(2) « En énonçant ce dernier motif, dit Martens, *Des armateurs*, § 6, je suis fort loin de le justifier; mais comment se méprendre sur son existence et les suites qu'il produit? » — Voy. aussi Steck, *Essais*, p. 112.

Suivant Puffendorf (1), le commerce et la navigation ne dépendent pas tant des règles fondées sur une loi générale que des conventions particulières entre les peuples ; d'où il conclut que les belligérants peuvent interdire le commerce des neutres selon leur intérêt, à moins qu'il n'y ait un traité ou une convention contraire ; et M. de Gentz, encore plus positif, va jusqu'à dire que les neutres n'ont de droits que ceux qui leur sont assurés par les traités, et qu'en l'absence de traités, les questions qui les concernent « restent dans le vague du droit naturel, c'est-à-dire que le plus fort se trouve indubitablement autorisé à les résoudre d'après sa volonté et ses intérêts (2). »

Ces deux opinions se réfutent d'elles-mêmes, puisqu'elles sont la négation des principes sur lesquels repose la société, et qu'elles substituent aux règles immuables du droit naturel, qui, appliqué aux affaires des nations, devient le droit des gens, l'arbitraire et la tyrannie du droit du plus fort. S'il en était ainsi, on ne comprendrait pas la peine que se sont donnée les publicistes pour rechercher quels sont les droits réciproques des neutres et des belligérants, puisqu'à vrai dire il n'y aurait pas de droit des neutres ; il n'y aurait pas même à rechercher si les traités et les conventions internationales leur accordent quelques droits, puisque les belligérants, qui, en vertu du droit du plus fort, pourraient s'affranchir des entraves du droit naturel, pourraient par la même raison méconnaître les obligations conventionnelles qu'ils auraient contractées. Il en est du droit du plus fort comme du système de l'intérêt : si on l'admet dans un cas, il n'y a pas de raison pour ne pas l'admettre dans l'autre, dès qu'il est dans la nature de ce prétendu droit de l'emporter sur tout, partout où se trouve une force supérieure.

(1) Lettre écrite en 1692 par Puffendorf à Groningius, et insérée dans un livre imprimé à Hambourg en 1701, sous ce titre : *Jo. Groningii, bibliotheca universalis librorum juridicorum*, p. 105. Cette lettre est citée par Barbeyrac, sur Puffendorf, t. II, liv. III, ch. VI, § 8, *note* 2, et textuellement rapportée par Azuni, t. II, p. 32.

(2) *Mémoires* de M. de Gentz, p. 367. — Voy. aussi p. 404.

Qui ne voit d'ailleurs que s'il est permis aux belligérants d'invoquer leur force pour interrompre arbitrairement et suivant leurs intérêts le commerce pacifique des neutres, il sera également permis aux neutres, s'ils sont les plus forts, de faire tel commerce que la nature même de la neutralité leur interdirait, et contre lequel, si la voix de la justice devait être entendue, les belligérants auraient le droit de réclamer? Aussi le système que je combats conduit-il directement à la destruction presque complète de la neutralité, puisque ceux-là seuls resteraient neutres qui n'auraient pas la force de s'opposer aux vexations des belligérants et que les autres armeraient pour défendre leur neutralité, ce qui revient à dire qu'ils seraient obligés de faire la guerre pour conserver la paix (1).

180. Rien n'empêche au surplus que les effets de la neutralité ne puissent être réglés, déterminés ou modifiés par des traités : les belligérants et les neutres peuvent renoncer à leurs droits ou les étendre; et, quand il existe des traités, les parties contractantes doivent s'y conformer avec d'autant plus de scrupule que le droit des gens, qui les protégerait en l'absence d'une convention, leur fait un devoir de remplir les obligations qu'elles ont librement contractées. Mais, en l'absence des traités, les droits et les devoirs respectifs des neutres et des belligérants sont fondés sur le droit naturel ou le droit des gens primitif, et si l'application ou l'interprétation des traités présente des doutes, ces doutes doivent être résolus dans le sens des principes immuables du droit naturel, qui reprend sa force quand le droit conventionnel vient à manquer.

181. D'après ce qui précède, on doit donc regarder comme certain, en l'absence de tous traités ou conventions expressé-

(1) C'est ce que Puffendorf reconnaît implicitement dans la lettre déjà citée, où il dit que si les neutres *peuvent* maintenir leur commerce en faisant escorter leurs navires marchands par des vaisseaux de guerre, *personne n'y trouvera à redire*. — Telle est l'origine de la neutralité armée proposée en 1780 à l'instigation de la France, par la Russie, aux puissances du nord, pendant la guerre de l'Indépendance américaine. — Voy. *inf.*, § 2.

ment contraires, d'une part, que le neutre véritablement neutre est fondé en droit à faire avec les belligérants pendant la guerre tout commerce pacifique et impartial qu'il aurait pu faire pendant la paix ; et, d'autre part, que les belligérants ne sont pas fondés en droit à s'opposer à ce commerce. Telle est la première règle en matière de neutralité, règle qui détermine ce que les neutres peuvent faire, et ce que les belligérants ne peuvent empêcher de faire.

Mais comme les principes protecteurs de la neutralité ne peuvent être invoqués que par ceux qui sont véritablement neutres, puisqu'ils ont pour base nécessaire l'existence de cette neutralité, c'est-à-dire la complète abstention de toute participation directe ou indirecte à la guerre, il faut en conclure que celui qui, sous le masque d'une neutralité feinte, fait des actes qui ont un caractère d'hostilité plus ou moins marqué, devient ennemi relativement à ces actes, et peut en conséquence être traité comme ennemi dans une mesure proportionnelle au degré d'hostilité des actes qu'il a commis. Dans ce cas il perd les droits attachés à la neutralité, tandis que les belligérants entrent contre lui en possession des droits de la guerre. C'est là la seconde règle, en matière de neutralité, qui détermine ce que les belligérants peuvent empêcher et ce que les neutres ne peuvent faire.

Il suit de là que tant que le neutre reste véritablement neutre, le belligérant n'a aucun droit à exercer contre lui ; mais que lorsque, neutre apparent, il devient ennemi réel, il ne peut plus se prévaloir des droits de la neutralité contre le belligérant; de telle sorte que les neutres et les belligérants n'ont jamais simultanément un droit contraire, puisque tant que subsistent les droits de la neutralité, le belligérant ne peut exercer contre le neutre aucun des droits de la guerre; et que lorsque le belligérant peut exercer ces droits c'est qu'il n'y a plus de neutralité, et, par conséquent, qu'il n'y a plus de droit des neutres.

182. Cette manière d'envisager la question résout, ou, pour mieux dire, supprime la difficulté capitale contre laquelle se sont heurtés presque tous les publicistes qui ont traité des

droits des neutres et des belligérants. Exagérant ces droits sans nécessité, accordant d'une part aux neutres la faculté de faire certains commerces peu pacifiques, et d'autre part permettant aux belligérants d'agir suivant que le réclament leurs intérêts, ils sont arrivés à ce résultat souvent signalé (1), mais jamais évité, de reconnaître aux uns et aux autres un droit contraire et simultané, ceux-là à faire, ceux-ci à empêcher de faire (2) : antinomie naturelle dont on ne pouvait sortir qu'en sacrifiant l'un ou l'autre droit ; et qui, en plaçant dans une

(1) Voy. M. de Gentz, *Mémoires*, article sur le *Droit des gens*, de M. de Rayneval.

(2) On pourrait sur ce point multiplier les citations. Je me bornerai à quelques passages des principaux publicistes qui ont traité la question des neutres. Voici comment s'exprime Henric Cocceius, *De jure belli in amicos*, § 6 : « *Inter ea quæ etsi pace illicita, tamen bello in pacatos jure gentium permissa sunt, primum est quod nonnunquam in eos exerceri potest, qui commercia cum hoste nostro agunt. Id verò quale sit maximis inter gentes et populos contentionibus, et adeo probabilius utriusque rationibus disceptatum fuit ut ipsum propriè jus gentium collidere videatur. Ab eorum enim parte qui commercia exercent cum hoste ratio manifesta est, nam indubiè jure gentium domini res suos vendere cui velint possunt. A parte verò eorum qui commercia hæc sibi noxia impediunt, ratio non minus evidens est, nam cum cuique à naturâ se juraque sua tueri concessum sit, etiam ea concessa sunt, sine quibus tueri ea non potest, etsi non possit nisi impeditis cum hoste commerciis.* » — Heineccius, *De navibus ob vecturam vetitarum mercium commissis*, § 14, est aussi positif: « *Quamvis enim alter populus forsan suo jure utatur dum talia hosti alterius subministrat, nec minus tamen suo jure utitur qui se adversus illos defendit, qui hostem reddere potentiorem non dubitant.* » — Hubner, *De la saisie des bâtiments neutres*, part. I, ch. I, § 14, qui a approfondi les questions de neutralité plus que tous ses devanciers, admet lui-même les droits contraires des belligérants et des neutres, tout en les laissant dans le vague: « Comme c'est une action juste que de faire la guerre, dit-il, tout ce qui a une connexion exactement nécessaire avec le but légitime de cette guerre doit être permis et accordé aux parties belligérantes : bien entendu, cependant, que les droits d'un tiers n'en souffrent pas plus qu'il ne peut être censé raisonnablement vouloir bien souffrir pour le bien commun de l'humanité. » — Enfin, Lampredi, *Del commercio dei popoli neutrali in tempo di guerra*, p. 43, en arrive à poser en principe ces deux règles contradictoires : 1° *Che è licito ai popoli amici e neutrali di sequitare in tutta la sua estensione il loro solito commercio, e che l'unica legge restrittiva della lor libertà, se pare si può dir tale, in tempo di guerra, è quella di osservare nel lor contegno una perfetta imparzialità.* — 2° *Che i popoli belligeranti non ostante possono impedire il commercio che i neutrali fanno co'loro nemici sino à quel signo, che essi credono esser necessario alla loro natural diffesa.*

fausse position les partisans de la neutralité, fournissait des armes à ses adversaires, autorisés par là soit à nier le pouvoir du droit naturel qui conduisait à un résultat tellement contradictoire, pour ne suivre d'autres que celles qui sont établies par les traités (1), soit à chercher la solution du problème dans des considérations plus ou moins arbitraires, où dominait visiblement la raison du plus fort (2).

183. Toutes les fois donc qu'il s'agit de décider entre les prétentions contraires des belligérants et des neutres, il n'y a pas lieu de rechercher si l'intérêt des uns ou des autres doit faire fléchir le droit qu'ils prétendent réciproquement s'attribuer; mais seulement si le fait commercial que les neutres veulent faire, et que les belligérants veulent empêcher de faire, est compatible avec la neutralité, ou s'il lui est incompatible, et suppose une hostilité plus ou moins déclarée. Dans le premier cas, le droit est du côté des neutres, qui peuvent faire, sans que les belligérants puissent empêcher; dans le second cas, le droit est du côté des belligérants, qui peuvent empêcher de faire, même par l'emploi de la force, sans que les neutres soient fondés à se plaindre du dommage auquel ils ont dû savoir qu'ils s'exposaient en rompant leur neutralité pour prendre part à la guerre.

184. Les droits des belligérants et des neutres ainsi limités, il reste à déterminer les cas dans lesquels ils peuvent s'exercer, c'est-à-dire le point où finit l'état de neutralité et où commence l'état d'hostilité.

(1) M. de Gentz (article sur le *Droit des gens*, de M. de Rayneval), pour établir que les traités seuls peuvent servir de base aux droits des belligérants et des neutres, se fonde sur « les mécomptes dans lesquels sont tombés tous les écrivains, du moment qu'ils se sont flattés de parvenir à une solution, en laissant de côté les traités positifs, pour ne consulter que le droit des gens pur ou naturel; et le résultat singulier que l'on avait déjà obtenu dans des temps plus reculés, résultat qui est que dans cette matière, chaque fois qu'on veut revenir à des principes généraux, les deux parties ont, suivant le point de vue d'où l'on part, en même temps raison et tort... »

(2) « *Lucrum illi commerciorum perire nolunt,* dit Alb. Gentilis (*De jure belli*); *belligerantes nolunt fieri quod contra salutem suum est. Jus commerciorum æquum est; at hoc æquius tuendæ salutis; est illud privatorum, hoc est regnorum. Cedat ergo regno mercatura, pecunia saluti.* »

§ II. — *Des actes incompatibles avec la neutralité.*

SOMMAIRE. — 185. De la rupture de la neutralité relativement à l'État neutre. — 186. De la rupture de la neutralité relativement aux sujets de l'État neutre. — 186 *bis*. Du respect de la neutralité de la part des belligérants.

185. Il y a d'abord sur ce point une observation importante à faire; c'est que la neutralité est publique ou privée ; c'est-à-dire qu'elle peut être envisagée soit par rapport à la nation neutre prise dans son ensemble, soit par rapport aux sujets de cette nation, pris individuellement, de la même manière que l'état de guerre est envisagé relativement aux gouvernements, et relativement aux particuliers. Or, de même que l'état de guerre ordinaire n'est qu'une relation de gouvernement à gouvernement, et non une relation de particulier à particulier (1), de même aussi, l'état d'hostilité qui résulte de la rupture de la neutralité, opérée par le fait d'un gouvernement neutre, ne doit, dans la vérité des principes, réagir que sur ce gouvernement et non sur les particuliers. Si les particuliers inoffensifs sont dès lors traités en ennemis et cessent d'être protégés par les lois de la neutralité, c'est par une suite de l'abus de pouvoir qui impose le même traitement aux sujets inoffensifs du gouvernement ennemi.

186. Réciproquement, de ce qu'un sujet neutre aurait rompu la neutralité et se serait mis en état d'hostilité personnelle contre un belligérant, on ne doit pas en conclure que la neutralité est rompue à l'égard du gouvernement neutre qui n'a pas pris fait et cause pour son sujet, et qui ne s'est pas approprié le fait d'où vient la rupture. Le sujet neutre peut seul dans ce cas être traité en ennemi par le belligérant (2).

J'arrive maintenant à la détermination des faits qui mettent fin à la neutralité, et à leurs conséquences, sur lesquelles

(1) Voy. *sup.*, n. 121.

(2) *Sequitur et aliud genus belli in pacatos, et in primis si subditi eorum hostibus nostris operam locent vel præstent. Quo casu certum est in ipsos subditos jus belli esse, tanquam hostium partes, et non in civitatem, nisi publicâ auctoritate missi sint et militent.* (Henric Cocceius, *De jure belli in amicos*, § 6.) V. Heffter, § 148; Bluntschli, §§ 779 et 780; Calvo, t. II, § 1069.

les distinctions que je viens d'établir jetteront quelque lumière (1).

186 *bis*. Un État neutre est d'ailleurs dans l'obligation de faire respecter sa neutralité de manière à ce qu'elle ne soit pas violée par l'un des belligérants au préjudice de l'autre. Mais cette obligation est plus facile à déterminer qu'à mettre à exécution. Le belligérant qui emprunte un territoire neutre pour le passage de ses troupes en vue d'opérations stratégiques, viole la neutralité; mais le neutre peut ne pas être assez fort pour s'opposer à cette violation; et l'autre belligérant peut n'avoir d'autre ressource, pour rétablir l'égalité, que d'emprunter lui aussi le territoire neutre pour la réussite des opérations qu'il oppose à celle de son ennemi. Cette situation qui expose l'état neutre à un double danger peut le contraindre à prendre parti dans la guerre à laquelle il se trouve mêlé, ou à se mettre à l'état de neutralité armée s'il est assez fort pour s'opposer aux entreprises dont il pourrait avoir à souffrir (2).

Mais la complication que cet état de choses peut produire, de même que toutes les causes qui sont de nature à faire cesser la neutralité, autres que celles qui rentrent dans des agissements commerciaux, sortent de notre sujet; et c'est en nous plaçant au point de vue particulier du commerce et des intérêts qu'il met en jeu que nous allons déterminer les faits contraires à la neutralité et leurs conséquences.

Article 1er. — *De l'impartialité.*

Sommaire. — 187. De l'abstention qui constitue la neutralité. — 188. Ce que c'est qu'un commerce impartial. — 189. Un traitement plus favorable, en vertu d'une convention antérieure à la guerre, ne rompt pas la neutralité. — 190. Il en est de même quoique la convention ait eu lieu pendant la guerre. — 191. La partialité rompt la neutralité relativement à l'État neutre. — 192. Elle autorise l'arrêt des bâtiments appartenant aux sujets de l'État neutre. — 193. Mais non la confiscation. Droit de préemption.

187. J'ai défini la neutralité, la continuation exacte de l'état

(1) Voy. Heffter, § 148; Bluntschli, § 779 et 780; Calvo, t. II. § 1099.

(2) Kluber, § 282; Heffter, § 145 et 147; Fiore, t. II, p. 369, Cauchy; t. II, p. 319; Bluntschli, § 748 et 782; Calvo, t. II, § 1069 et 1070.

pacifique d'une puissance qui, lorsqu'il s'allume une guerre entre deux ou plusieurs nations, s'abstient absolument de prendre part à leurs querelles. Cette abstention absolue suppose non-seulement que celui qui prétend à la neutralité ne fait aucun acte ayant un rapport direct à la guerre, mais encore que dans ses actes pacifiques en apparence, il ne fait rien à l'occasion de la guerre, pour favoriser un des belligérants au détriment de l'autre. L'impartialité est donc une des conditions en même temps qu'un des devoirs de la neutralité.

188. En ce qui touche le commerce, cette impartialité consiste moins dans un commerce égal avec l'un et l'autre belligérant, que dans une disposition également bienveillante pour l'un et pour l'autre (1). Il y a plus : comme la neutralité n'est pas un état nouveau, mais la continuation de l'état antérieur à la rupture entre les belligérants, le neutre qui avant la guerre faisait avec l'un des belligérants un commerce plus étendu qu'avec l'autre, n'est pas obligé pour rester neutre de diminuer son commerce avec l'un ou de l'accroître avec l'autre. Il suffit qu'il le continue sur les mêmes bases (2), et qu'il n'affecte pas de vendre tout à l'un et rien à l'autre (3).

189. Lors donc qu'une nation neutre est liée avec un des belligérants par un traité de commerce qui stipule en faveur des deux nations des avantages réciproques, tels que des réductions de droits de douanes, la guerre qui intervient après ce traité ne peut faire obstacle à son exécution, et le belligérant avec lequel il n'y a pas de traité semblable, ne peut

(1) « La neutralité la plus rigoureuse, dit Hubner, part. I, ch. II, § 1, ne nous empêche pas d'entretenir un commerce plus grand avec une partie belligérante qu'avec l'autre, suivant que nos propres affaires l'exigent, que nous pouvons mettre plus de confiance dans l'une que dans l'autre, et avoir par conséquent avec elle une communication plus ou moins étroite dans la même proportion. »

(2) « Ce n'est pas, dit Galiani, ch. VI, p. 143, une exacte égalité de rapports envers deux nations belligérantes qui caractérise la neutralité : c'est la continuation des mêmes relations morales qu'on avait avec elle avant la guerre. »

(3) Voy. Vattel, *Droit des gens*, liv. III, ch. VII, § 111. Cauchy, t. II, p. 62 et suiv., 86, 271 ; et Bluntschli, n. 778 et 799.

trouver mauvais que le neutre admette plus favorablement les marchandises de celui avec lequel il est lié, et lui porte les siennes de préférence. Cette préférence raisonnée, et en quelque sorte forcée, n'est pas de la partialité. Mais le neutre doit être disposé à consentir un traité du même genre et à stipuler des avantages analogues avec ce belligérant si celui-ci le demande : le refus de traiter sur des bases équitables pourrait être considéré comme une violation des règles de l'impartialité.

190. Rien ne s'oppose même à l'exécution d'un traité de commerce fait pendant la guerre avec l'un des belligérants. Cependant, dans ce cas, l'obligation du neutre de faire un traité semblable avec l'autre belligérant, si celui-ci le demande, devient plus rigoureuse (1).

191. D'après ce qui précède, on voit que le commerce de deux nations consistant dans les relations générales établies entre elles, ou dans l'ensemble des relations privées des individus de l'une et l'autre nation, l'impartialité ou la partialité de ce commerce doit pareillement résulter du caractère de ces relations générales, ou de l'ensemble des faits particuliers qui les constituent, et non de l'acte isolé d'un individu. La partialité ou l'impartialité du commerce ne peuvent s'établir que par la comparaison de plusieurs faits successifs, qui prouvent d'une part une bienveillance exclusive, et d'autre part une malveillance calculée; puisque, lorsque deux nations prétendent au même traitement de la part d'une troisième, la différence de traitement ne peut résulter que de la comparaison des faits qui ont eu lieu relativement à l'une et à l'autre. Un acte isolé, n'ayant aucun terme de comparaison, est donc un fait en quelque sorte négatif qui ne prouve rien ; d'où il suit que l'acte isolé d'un individu ne peut jamais constituer, ni cet individu, ou la nation à laquelle il appartient, en état de partialité, ni être considéré comme une rupture de la neutralité.

(1) « Si un peuple fournit des marchandises à l'un des ennemis, dit Hubner, part. I, ch. II, § 10, il faut qu'il les fournisse à son adversaire sur le même pied et aux mêmes conditions, s'il le demande. » — Voy. Hautefeuille, t. I, p. 280.

192. Mais de là il suit également que la partialité qui rompt la neutralité d'un État, étant une conséquence à la fois du système général qui préside aux relations de cet État, et de l'ensemble des faits particuliers qui sont l'application de ce système, la constatation de cette partialité, qui donne au belligérant le droit d'empêcher le commerce hostile, parce qu'il est partial, de la nation neutre, lui donne par cela même le droit d'arrêter les navires des sujets de cette nation au moyen desquels se fait ce commerce. Il ne peut y avoir de difficulté qu'en ce qui touche les effets de cette arrestation, et sur le point de savoir si elle autorise la confiscation, soit de la cargaison, soit du navire qui la porte.

193. A cet égard, je pense que le belligérant n'ayant ou ne devant avoir d'autre but que de rétablir l'équilibre commercial rompu à son préjudice par le gouvernement neutre, plutôt que par les sujets de ce gouvernement, ne doit agir contre ceux-ci qu'autant que cela est nécessaire pour rétablir cet équilibre. Il ne peut donc, sauf le cas de résistance qui placerait le sujet neutre dans un état d'hostilité personnelle, que s'emparer des marchandises neutres en en payant la valeur conformément aux conditions de leur destination à l'ennemi(1). Quant au navire, il doit être laissé libre : le belligérant peut seulement exiger qu'il transporte les marchandises dans un des ports de sa nation, à la charge de lui en payer le fret (2). C'est là une sorte de préemption qui peut s'exercer encore dans d'autres cas, ainsi que nous le verrons plus tard (3).

ART. 2. — *De la contrebande de guerre.*

SOMMAIRE. — 194. Un commerce hostile rompt la neutralité, bien qu'il puisse être impartial. — 195. De la contrebande de guerre. — 196. Le commerce de la contrebande de guerre est licite pendant la paix. — 197. Il en est de même pendant la guerre, quand ce commerce a lieu entre deux nations

(1) Voy. Grotius, liv. III, ch. I § 5; *Consulat de la mer*, ch. CCLXXVI. — *Si res pacatorum ad hostes nostros destinatæ sunt*, dit Henri Cocceius (*De jure belli in amicos*), *si nudi commercii gratiâ, non quidem capi possunt; sed si nobis pretium idem offerentibus, domini eorum vendere nolint, exuunt mediorum partes, ac hostiles sequi incipiunt.*

(2) *Consulat de la mer, ubi sup.*

(3) Voy. *inf.*, n. 213.

194. Si la neutralité cesse par l'effet d'un commerce partial, elle cesse aussi lorsque le commerce, au lieu d'être pacifique, a un rapport direct avec la guerre, et que ceux qui le font se rendent en quelque sorte les auxiliaires des belligérants. Mais ici il n'y a plus à rechercher si l'impartialité subsiste, parce qu'il s'agit dans ce cas d'un fait simple de participation à la guerre qui constitue immédiatement et personnellement le sujet neutre en état d'hostilité, et non d'un fait complexe qui, comme la partialité, rompt la neutralité plutôt à l'égard de l'État neutre qu'à l'égard des sujets. Le belligérant qui surprend un sujet neutre au moment où il commet un acte d'hostilité, peut donc aussitôt le traiter en ennemi, alors même que, dans d'autres circonstances, d'autres sujets neutres auraient fait des actes de même nature contre l'autre belligérant: en pareille matière, il n'y a pas de compensation possible, et chacun est personnellement responsable du dommage qu'il cause par son fait.

195. Le commerce cesse d'être pacifique et devient hostile lorsqu'il a pour objet le commerce des choses connues sous le nom de *contrebande de guerre*. De toutes les difficultés dont est hérissée la question du droit des neutres, c'est là une de celles qui, en théorie aussi bien qu'en pratique, ont soulevé les plus vives controverses ; et cependant c'est celle sur laquelle il me semble qu'il était le plus facile de s'entendre.

On désigne sous le nom de *contrebande de guerre*, les choses qui sont d'un usage particulier pour la guerre, et dont l'utilité directe est de servir à l'attaque et à la défense : telles sont les armes et les munitions.

196. Pendant la paix, le commerce de ces objets est en lui-même parfaitement licite, sauf le cas où il serait prohibé par quelque loi particulière. La guerre étant une chose licite, le commerce en temps de paix des objets qui servent à la guerre ne peut être illicite, parce qu'aucune nation ne serait fondée à se plaindre raisonnablement de ce qu'une autre fait un commerce de cette nature, alors que, n'étant pas en guerre, il n'en résulte pour elle aucun préjudice sous ce rapport.

197. Il suit de là que, même pendant la guerre, ce commerce est parfaitement licite lorsqu'il se fait entre deux nations neutres (1), pourvu, bien entendu, que la destination neutre de la contrebande de guerre chargée sur un bâtiment neutre se rendant dans un port neutre, soit sincère, et que la marchandise ne fut pas en fait destinée à un belligérant (2).

Mais la thèse change, ou, du moins, il faut distinguer quand ce commerce a lieu entre un neutre et un belligérant.

198. Les neutres n'étant neutres qu'à la condition de ne prendre aucune part à la guerre, et de ne prêter aux belligérants aucun secours qui puisse les faire considérer comme leurs auxiliaires, il en résulte qu'ils ne peuvent porter aux belligérants des choses propres à la guerre actuelle, et nécessaires, soit pour l'attaque qu'ils méditent, soit pour la défense

(1) Voy. Hubner, part. I, ch. VI, § 1 et suiv. ; Hautefeuille, t. II, p. 9 ; Bluntschli, § 804.

(2) V. Calvo, t. I, n. 1120 et suiv. Les différentes décisions citées par cet auteur sont fondées sur cette distinction. V. notamment la décision du conseil des prises du 26 mai 1855, S. 55, 2, 796.

qu'ils préparent, parce qu'en facilitant l'attaque et en aidant à la défense, ils prennent une part directe à la guerre, et sont les auxiliaires réels de ceux à qui ils portent des objets sans lesquels il n'y aurait ni attaque ni défense possibles ; et alors même qu'ils n'agiraient que dans un but commercial, leur fait n'en aurait pas moins pour résultat immédiat de mettre les belligérants à même de soutenir la guerre.

199. Tout neutre qui porte des armes et des munitions soit à l'un ou à l'autre des belligérants, soit à tous les deux, rompt donc la neutralité.

Mais comme, dans ce cas, c'est la part directe prise par le neutre à un fait de nature à fortifier le belligérant qui rompt la neutralité, il en résulte que la vente impartiale faite par le neutre, sur son propre territoire, d'objets de contrebande de guerre, ne suffit pas à elle seule pour rompre la neutralité, parce que ce n'est pas, à vrai dire, la vente en pays neutre qui fortifie le belligérant, mais bien le transport qui en est fait dans son pays, et que le neutre qui se borne à vendre, sans se charger du transport, se borne à faire son commerce et ne prend à la guerre aucune part ni directe ni indirecte (1).

En général, le commerce de la contrebande de guerre ne rompt donc la neutralité que lorsqu'il est *actif ;* il n'y porte aucune atteinte lorsqu'il est *passif.*

200. Cependant des publicistes, exagérant fort mal à propos les droits des neutres, posent en principe que le commerce, même actif de la contrebande de guerre, n'a en soi rien d'illicite, alors même qu'il est fait en temps de guerre, pourvu qu'il soit impartial ; et qu'il ne devient contraire aux devoirs de la neutralité qu'autant qu'il est interdit par les stipulations formelles des traités. D'autres, exagérant en sens contraire les droits des belligérants, considèrent comme illicite et contraire aux devoirs de la neutralité le commerce passif des objets de contrebande, c'est-à-dire la vente impartiale qu'en font les neutres sur leur propre territoire (2). Cette double exagération compromet d'une part le droit des neutres, auxquels on veut

(1) Bluntschli, § 808.

(2) V. Phillimore, t. III, § 250; Calvo, t. II, § 1121.

trop accorder, et d'autre part, est inutile aux belligérants, auxquels elle ne conférerait qu'un droit illusoire. Elle est d'ailleurs contraire aux principes fondamentaux de la neutralité.

D'abord, en ce qui touche le commerce actif, on a prétendu que le droit universel des gens, qui a pour base celui de la nature, en autorisant les nations à faire le commerce, ne fait aucune distinction entre les marchandises qui sont d'un usage particulier pour la guerre, et celles qui n'ont de rapport qu'aux besoins pacifiques : d'où l'on a conclu qu'il n'y a pas de marchandises que les neutres ne puissent vendre ou porter aux belligérants; et qu'on ne peut pas non plus refuser aux neutres la faculté de louer aux puissances qui se font la guerre, leur main-d'œuvre, des navires, et toutes sortes de moyens de transport, selon leur coutume antérieure, pourvu qu'ils conservent entre les belligérants une exacte impartialité (1).

Ce système réduit, comme on le voit, la neutralité à l'impartialité. Or, il ne suffit pas d'être impartial pour être neutre, il faut de plus s'abstenir de tout ce qui a un rapport direct avec la guerre. L'impartialité est un devoir de la neutralité; mais comme on ne peut être neutre et prendre part à la guerre, c'est-à-dire être à la fois neutre et belligérant, il en résulte que lorsqu'il s'agit de savoir si un peuple est neutre, la première question à résoudre n'est pas celle de savoir s'il est impartial, mais bien s'il prend part à la guerre. Un peuple qui se rendrait également l'auxiliaire de deux belligérants serait sans doute, quant à eux, fort impartial, mais assurément il ne serait pas neutre. Le neutre doit conserver dans les choses qui ont rapport à la guerre, non pas une impartialité d'action, mais une impartialité d'inaction.

La neutralité étant la continuation d'un état pacifique antérieur, le premier devoir des neutres, c'est de s'abstenir absolument de prendre part à la guerre qui divise les belligérants. De là résulte aussi pour eux le droit de se maintenir dans leur

(1) Voy. Samuel Cocceius, *Dissert.*, § 789; Vattel, liv. III, ch. VII; Galiani, p. 308 et 312, § 3; Lampredi, part. I, § 3; Azuni, t. II, p. 92; Lucchesi-Palli, *Principes du droit marit.*, p. 171.

état antérieur, et de continuer pendant la guerre le commerce qu'ils faisaient ou qu'ils pouvaient faire pendant la paix ; mais ce droit est évidemment subordonné, s'ils veulent rester neutres, à l'obligation de s'abstenir de tout ce qui pourrait porter atteinte à leur neutralité ; et de même qu'ils sont obligés pendant la guerre à une exacte impartialité, dont rien ne leur faisait un devoir pendant la paix, de même aussi ils peuvent être tenus, pendant la guerre, de s'abstenir de faire avec les belligérants certain commerce qu'ils auraient pu faire pendant la paix, si ce commerce est de nature à les engager dans la querelle des belligérants, desquels ils deviendraient les auxiliaires. Ce n'est pas porter atteinte au droit des neutres que de les forcer à rester neutres. Ce n'est pas non plus les placer dans une position nouvelle que de leur interdire, pendant la guerre, un commerce qui aurait précisément pour résultat de modifier profondément leur état pacifique antérieur et de leur faire une position nouvelle.

La question se réduit donc à savoir si le commerce de la contrebande de guerre est compatible avec l'abstention de toute participation à la guerre, qui est une des conditions de la neutralité.

On peut prendre part à la guerre, soit de sa personne, soit par les moyens qu'on donne aux belligérants d'accroître ou de réparer leurs forces, et par les secours qu'on leur prête (1) : il n'y a aucune différence entre celui qui se sert des armes et celui qui les fournit. Un gouvernement qui accorde des secours à l'un des belligérants, qui lui envoie des vaisseaux, des armes, des munitions, ne peut donc être considéré comme un gouvernement neutre. Il s'associe à la guerre, devient l'auxiliaire de l'ennemi, devient par conséquent ennemi lui-même, et s'expose à être traité comme tel. Il est évident dès lors que si les vaisseaux de guerre qu'il envoie au secours de l'un des belligérants sont arrêtés avec ce qu'ils portent par les forces supérieures d'un autre belligérant, il ne sera pas fondé à se

(1) ... *In hostium partibus esse videntur qui iis ad bellum necessaria subministrant.* (Heineccius, *De nav. ob vect. vet. merc. comm.*, § 6.)

plaindre, et à se prévaloir d'une prétendue neutralité incompatible avec l'acte hostile qu'il commettait (1).

Ce qui est vrai à l'égard d'un gouvernement neutre ne peut cesser de l'être à l'égard des sujets neutres, et un intérêt purement commercial ne saurait avoir plus de force pour protéger l'acte des sujets, que l'intérêt politique pour protéger l'acte du gouvernement, si en définitive le résultat est le même. Le belligérant, qui a le droit non douteux d'arrêter les forces publiques marchant au secours de son ennemi, a donc le droit d'arrêter les forces particulières qui se dirigent vers le même but. Peu importe au belligérant le principe en vertu duquel on porte secours à son ennemi; par cela seul qu'il a le droit de se défendre, il a le droit de s'opposer à tout ce qui a pour objet direct et nécessaire de rendre sa défense ou illusoire, ou seulement plus difficile, et de traiter en ennemi celui qui, sous l'ombre d'un commerce, porte un secours direct à son adversaire. Ce n'est pas alors la liberté du commerce qui est en question, mais la liberté de la défense, parce que, comme je l'ai déjà dit, la liberté du commerce des neutres étant subordonnée à l'existence de la neutralité, celui qui fait un commerce hostile cesse d'être neutre; et que là où il n'y a plus que des belligérants, il n'y a plus de place pour le droit des neutres, auquel succède le droit de la guerre et la liberté de la défense.

201. Il se peut qu'il y ait des nations dont le commerce consiste en marchandises nécessaires à la guerre ; mais quel que soit le dommage que puisse leur causer la prohibition du commerce de ces marchandises, lorsque ce commerce a pour but de les porter aux belligérants, ce n'est pas une raison pour méconnaître les principes qui ressortent de la nature même des choses, et pour faire fléchir les règles de la justice

(1) ... *Eos qui hosti nostro ex fœdere obligati auxilia submittunt suo jure agere nemo negaverit; sed nec magis negari potest, nobis licere armis eorum arma opponere.* (Heineccius, *De nav. ob vect. vet. merc. comm.*, § 9.) — Voy. aussi Vattel, liv. III, ch. VII, § 110; et *sup.*, n. 173. V. aussi Rayneval, *Liberté des mers*, t. I, ch. VII, § 1; Ortolan, *Diplom. de la mer*, t. II, p. 156 et suiv.; Hautefeuille, t. II, p. 71 et suiv.; Heffter, § 158.

devant les exigences de l'intérêt (1). Imposer aux belligérants l'obligation de respecter le commerce hostile des neutres, par la raison que le commerce de contrebande de guerre est le seul que puissent faire ces neutres, ce serait condamner les belligérants à s'entretuer indéfiniment pour fournir aux neutres l'occasion de leur vendre des armes. On ne peut exiger de la part des belligérants une pareille abnégation. Celui qui porte des armes à un ennemi devient lui-même ennemi de celui contre lequel les armes doivent être employées; et quel que soit l'intérêt qu'il trouve à faire ce commerce incompatible avec la neutralité, il ne peut être fondé à se plaindre si le belligérant, usant des droits de la guerre et de la défense, le traite comme il s'expose à être traité. Si chez lui l'ardeur du gain est si forte qu'il veuille courir les chances de la guerre, qu'il fasse son commerce hostile, mais qu'il le fasse à ses risques et périls, et qu'il cesse de se plaindre s'il rencontre des dangers qu'il a dû prévoir. Comme ce négociant hollandais auquel on reprochait d'avoir porté des armes et des munitions aux Espagnols, alors en guerre avec la France, et qui répondait que, si pour gagner il fallait traverser l'enfer, il se hasarderait volontiers d'y brûler les voiles de son vaisseau (2), qu'il sache bien qu'il peut brûler ses voiles dans l'incendie que lui-même travaille à entretenir.

Un belligérant peut donc s'opposer au commerce actif de la contrebande de guerre entre un sujet neutre et un autre belligérant, et arrêter les navires qui en sont chargés avec destination pour l'ennemi, sans qu'il soit nécessaire qu'un traité prohibe le commerce de ces marchandises, et autorise les belligérants à y mettre obstacle. La défense est de droit naturel et n'a jamais besoin d'être stipulée, quel que soit l'ennemi ou le genre d'hostilité qui la rende nécessaire.

202. Mais la thèse change s'il s'agit d'un commerce passif. S'il est défendu au neutre de porter des armes et des munitions aux belligérants, parce qu'alors il devient l'auxiliaire de

(1) Tel est cependant un des arguments dont se sert Azuni, t. I, p. 95. — Voy. aussi Lucchesi-Palli, p. 171.

(2) *Histoire de la puissance navale de l'Angleterre*, . I, p. 225.

l'un et l'ennemi de l'autre, il ne lui est pas défendu de vendre impartialement sur son territoire des objets nécessaires à la guerre, parce que son territoire est ouvert à tous, que tous peuvent venir y chercher ce dont ils ont besoin, et que le neutre qui se borne à vendre chez lui, à la différence de celui qui porte ses marchandises au belligérant, n'est pas tenu de rechercher qui les lui achète, pour qui elles sont achetées et quelle est leur destination ultérieure (1). C'est alors qu'il est absolument vrai de dire que les neutres peuvent continuer pendant la guerre le commerce qu'ils faisaient pendant la paix, et que la neutralité est la continuation d'un état antérieur que ne modifie pas la guerre à laquelle le neutre qui ouvre son marché à toutes les nations, ne prend aucune part directe ou indirecte.

203. C'est à tort qu'on prétendrait que celui qui vend aux ennemis, sur son territoire, des marchandises propres à la guerre, les leur fournit aussi bien que celui qui les leur porte, et devient en conséquence leur auxiliaire (2). Sans doute,

(1) *Et quia neutrius partis esse debet et a bello omninò abstinere, neutri etiam suppeditabit quæ directè ad bellum referentur.* Suppeditare *hic loci* transvehere *ad alterutrum hostem significat; nam si qua gens instrumenta bellica et cætera supra memorata utriusque bellantibus æquo pretio, veluti merces, vendat, neutralitatem non violat. Ad hanc necessariam mercaturæ distinctionem animum non advertisse eos qui de hac re tam prolixè scripserunt, manifeste patet; maximè enim inter se differre videntur exportatio mercium ad hostem meum ab amico vel neutro populo facta et eorum venditio quæ ad bellum necessaria esse possunt.* (Lampredi, *Theorem. juris publ. univ.*, part. III, cap. XII, § 9, n. 4.) — Le même auteur professe la même opinion dans son *Traité du commerce des neutres*, § V et suiv. Par suite de l'erreur qui, dans ce dernier ouvrage, lui fait considérer le commerce actif de la contrebande comme licite en lui-même, tant qu'un traité ne l'interdit pas, il rapporte la liberté du commerce passif, non au droit des gens pur ou naturel, mais au droit des gens conventionnel. — Azuni, qui commet la même erreur quant au commerce actif, s'en est préservé pour ce qui regarde le commerce passif des objets de contrebande, qu'il considère comme libre, suivant le droit naturel. — Voy. t. II, p. 123 et suiv.

(2) C'est l'argument dont se sert Galiani pour établir que les neutres ne peuvent pas plus vendre sur leur territoire les marchandises propres à la guerre, qu'ils ne peuvent les porter à l'ennemi. *Io progongo*, dit-il, *a decidere ad uno del nostro volgo si possa dirsi que i cantinieri non provvegon di vino la città di Napoli, par la ragione che aspettano chi vada a comprare il vino alle loro cantine, et che solo i venditori d'olio la provveggono, perche*

dans les deux cas, l'origine de la marchandise est la même, et sous le rapport de son origine, il est vrai de dire que celui qui la vend sur son territoire la fournit aussi bien que celui qui la porte sur le territoire ennemi. A ce titre, celui qui l'a fabriquée pourrait aussi être considéré comme le fournisseur des belligérants, bien qu'elle ne fût arrivée entre leurs mains qu'après avoir passé par plusieurs intermédiaires. Mais l'acte qui est incompatible avec la neutralité n'est pas celui qui a pour objet la vente nue de la marchandise aux belligérants, parce que cette vente sans transport ultérieur de la chose vendue ne met pas les belligérants à même de se servir utilement de cette chose pour l'attaque et pour la défense. Il est manifeste en effet que cette vente faite à un belligérant sur un territoire neutre ne pourra être considérée comme un acte hostile, si la chose vendue ne sort pas de son territoire, et n'est pas exportée pour un lieu tel qu'elle puisse augmenter les forces d'un ennemi au préjudice de l'autre. Il est manifeste encore que cette vente sera un acte tout aussi indifférent, bien que suivie d'exportation, si la chose n'est pas à la destination d'un belligérant, mais à celle d'un neutre, auquel ce belligérant servirait de commissionnaire. La vente en elle-même n'est donc jamais un acte hostile; c'est la destination, c'est le transport qui ont ce caractère, parce que seuls ils fortifient immédiatement le belligérant, en mettant à sa disposition des moyens d'attaque et de défense. Il suit de là que le neutre qui se borne à vendre sur son territoire, sans s'occuper de la destination ultérieure, dont il ne peut répondre en aucune façon, parce qu'il n'est pas le maître de la diriger, ne fait pas un acte contraire aux devoirs de la neutralité, et use seulement des droits que la neutralité lui donne de faire tout commerce impartial. Sur un territoire neutre, il n'y a pas de marchandises de contrebande; toutes y sont libres. Elles ne deviennent contrebande qu'au moment où elles en sortent

con un otre adosso lo vanno transportando e vendendo casa per casa. L'uom del volgo mi ride sul viso, dicendomi, ambedue provveggono, ambedue vendono. Solo il venditor di olio allevia al compratore una pena, che si addossa facendo se la pagare.

avec direction pour un lieu dont leur nature les exclut. C'est alors qu'elles tombent sous la juridiction des belligérants contre lesquels elles sont dirigées. Jusque-là, et tant qu'elles restent en un lieu où elles ne peuvent leur nuire, ils n'ont pas le droit de s'occuper des transactions pacifiques dont elles peuvent être l'objet. Sans doute, la guerre donne une nouvelle impulsion au commerce passif des objets utiles à la guerre ; mais cette impulsion n'est pas du fait des neutres : elle est du fait des belligérants, qui, après avoir eux-mêmes produit des circonstances nouvelles, ne peuvent trouver mauvais que les neutres en profitent dans les limites de leurs droits et de leur territoire.

Concluons de là que le droit des gens pur ou naturel qui défend aux neutres le commerce actif des objets de contrebande de guerre, les laisse libres de faire le commerce passif des mêmes objets, sous la seule condition de conserver entre les belligérants auxquels ils les vendent une exacte impartialité (1).

Le droit conventionnel est même d'accord sur ce point avec le droit naturel ; car s'il a toujours défendu le transport chez l'ennemi de la contrebande de guerre, il n'en a jamais défendu la vente impartiale sur le territoire neutre. Seulement, la législation de certains peuples défend l'exportation des objets propres à la guerre, mais c'est là une mesure de police intérieure qui n'a aucun rapport avec les lois de la neutralité (2).

203 *bis*. Mais il est bien évident que tout ce qui précède sur le commerce passif de la contrebande de guerre sur un territoire neutre, ne s'applique qu'au commerce proprement dit, mais ne s'appliquerait pas au cas où l'un des belligérants ferait d'un territoire neutre la base de ses opérations, et

(1) Martens, § 318 ; Kluber, § 288.

(2) Voy. L. 4, ff. *Ad legem Jul. majest.* ; — L. 11, ff. *De public et vertig.* ; — L. 1, *C. quæ res exportari non debent;* — *Decretal. de Judæis.* — Voy. l'ordonn. du 24 juillet 1816. — L'opinion contraire a été, dans ces derniers temps, soutenue avec beaucoup d'insistance par M. Hautefeuille, t. II, p. 162 et suiv. Selon cet auteur, le commerce des denrées de contrebande serait prohibé, même par le territoire neutre.

s'en servirait pour augmenter ou renouveler ses approvisionnements militaires (1).

A plus forte raison un gouvernement neutre est-il tenu d'empêcher dans sa juridiction l'équipement et l'armement des vaisseaux destinés à concourir à des opérations hostiles contre une puissance avec laquelle il est en paix; et, par suite, d'empêcher ces vaisseaux de sortir de ses ports pour aller remplir leur destination hostile.

Ce n'est plus là un commerce pacifique qui peut avoir avec la guerre un rapport indirect; c'est un acte directement hostile, qui expose le neutre à être traité en ennemi par le belligérant auquel ses agissements ont porté préjudice, ou tout au moins qui l'expose aux actions en indemnité des dommages qui ont été la conséquence de sa faute (2).

204. Il n'est peut-être pas sans utilité de remarquer que l'obligation des neutres de ne point porter aux belligérants des armes, des munitions ou autres objets de même nature, n'est en rien modifiée par cette circonstance que la guerre serait plus ou moins juste. Il ne leur est pas permis de favoriser celui qui, suivant eux, défendrait une juste cause, aux dépens de celui qui, à leurs yeux, combattrait pour une mauvaise. Grotius a prétendu le contraire, mais c'est là une de ses erreurs (3); et elle est tellement évidente que je ne crois pas qu'il soit nécessaire de prouver que les nations n'ayant aucun autre juge de leur querelle que la force, les neutres ne peuvent s'établir les arbitres des droits et des prétentions réciproques des belligérants; qu'ils n'ont pas qualité pour re-

(1) Bluntschli, § 808.

(2) C'est sur des considérations de cette nature que reposaient les réclamations des États-Unis contre l'Angleterre à l'occasion de l'*Alabama*, et des autres navires construits dans ses ports, et convertis en croiseurs des états confédérés. Voy. sur ces réclamations connues sous la dénomination générale d'*Alabama claims*, Calvo, t. II, § 1031 et suiv. Elles ont été portées devant un tribunal arbitral réuni à Genève, sous la présidence du comte Sclopis, qui a rendu sa sentence le 14 septembre 1872. Cette sentence a été publiée avec des documents pleins d'intérêt dans un supplément de la *Gazette de Londres* (*London Gazette*) du 20 septembre 1872.

(3) Liv. III, ch. I, § 5, et ch. XVII, § 5. — Voy. aussi Vattel, liv. III, ch. VII, § 110.

chercher si la guerre est juste; qu'ils doivent seulement être justes eux-mêmes en se maintenant dans une exacte impartialité, et en ne prenant aucune part à la guerre, quel que soit le parti qui leur paraisse avoir en sa faveur la justice et l'équité (1). Porter secours à une nation faible et opprimée par une plus forte, c'est sans doute chose permise et fort louable; mais alors il ne faut pas prétendre aux priviléges de la neutralité, et chercher à cumuler les profits de la paix avec les honneurs de la guerre.

205. Il s'agit maintenant de savoir quels objets doivent être compris sous la dénomination de contrebande de guerre (2).

Cette dénomination s'applique à toutes les choses qui sont d'un usage particulier à la guerre, c'est-à-dire qui sont d'un usage *immédiat* et *direct* pour l'attaque et la défense. Il ne saurait suffire en effet qu'une chose fût d'un usage prohibé en temps de guerre, pour qu'on fût autorisé à la ranger parmi les objets de contrebande, car alors il n'y a aucune marchandise à laquelle on ne pût trouver un rapport plus ou moins éloigné avec les besoins de la guerre, et dont à ce titre on ne se crût en droit de prohiber le transport. « *Si omnem materiam prohibeas*, dit Bynkerskoëk (3), *ex quâ quid bello aptari possit, ingens esset catalogus rerum prohibitarum, quia nulla ferè materia est ex quâ non saltem aliquid bello aptum facilè fabricemus.* » Mais de là il ne faudrait pas conclure qu'on doive

(1) *Quis enim tantum indulgeat genti amicæ ut de bellorum justitiâ injustitiâque veluti ex tripode pronuntiet? Et quis judex sedebit, si gens quæ bellum gerit, naves et res gentis amicæ hosti subvehendas, ideo interceperit, quod se justam causam armis tueri contendat? Jus ergo illud impediendi gentes amicas, quominus hostibus res necessarias subvehant non ex justitiâ injustitiâque belli, sed ex ipsis legibus amicitiæ nascitur, quæ non permittunt, ut gens amica bello se interponat, alterique belligerantium offerat arma quæ in alterius jugulo defigat.* (Heineccius, *De jure princip. circa comm. libert.*, § 12.) — Voy. aussi, en ce sens, Bynkerskoëck, *Quæst. jur. publ.*, lib. I, cap. IX.

(2) Voy. une exposition très-détaillée des différents systèmes auxquels cette question a donné lieu, et l'énumération des principaux traités qui l'ont réglementée, dans Hautefeuille, t. II, p. 83 et suiv. et dans Calvo, t. II, § 1,101 et suiv. — Voy. aussi Wheaton, *Histoire des progrès du droit des gens*, p. 314 et suiv.; Bluntschli, § 802 et suiv. et Cauchy, t. II, p. 183, 189, 346 et 347.

(3) *Quæst. jur. publ.*, lib. I, cap. X.

considérer comme marchandises libres toutes celles qui n'auraient pas reçu leur dernier degré de perfection guerrière, ou qui pourraient trouver un emploi pacifique, parce qu'en se jetant dans cette exagération contraire, on finirait par ne plus trouver de marchandises de contrebande : « *Paucissima sunt belli instrumenta*, dit encore Bynkerskoëck (1), *quæ non extra bellum præbeant usum sui. Enses gestamus ornamenti causâ; gladiis advertimus in facinorosos, et ipso pulvere bellico utimur pro oblectamento, et ad testandam publicè lætitiam.* » Il suit de là que, pour déterminer la nature de la marchandise, on doit considérer son usage ou sa destination, non pas d'une manière absolue, mais relativement au temps et aux circonstances (2).

206. On peut en conséquence diviser les objets ou marchandises de nature à être considérés comme contrebande de guerre en deux classes : la première, comprenant les objets qui ne servent qu'à la guerre ; la seconde, ceux qui, servant à la guerre, peuvent aussi servir à la paix (3).

207. Quant aux objets de la première classe, il est manifeste qu'ils sont éminemment des marchandises de contrebande; puisque le commerce qui en est fait a un rapport nécessaire et exclusif avec la guerre, et que de même qu'ils alimentent la guerre, c'est la guerre seule qui en alimente le commerce.

(1) *Ubi sup.*

(2) C'est en ce sens, il me semble, que doit être entendu un arrêt de la Cour de cassation du 12 mai 1868 (D. 68. 1. 104 ; s. 68. 1. 385) qui ayant à décider si des marchandises chargées sur un navire neutre capturé par la marine des États-Unis pendant la guerre de la sécession, étaient de la contrebande de guerre exclue par un contrat d'assurance de celles dont répondaient les assurances, déclare que cette stipulation excluait « toutes marchandises qui, à la faveur d'une destination simulée, seraient en réalité « destinées à procurer à l'une des parties belligérantes, des ressources pour « l'attaque ou la défense. » Je ne pense pas que cet arrêt ait entendu comprendre dans sa définition les objets qui ne peuvent procurer que des ressources médiates ou indirectes, car alors tout serait contrebande de guerre. Ce qui me porte à supposer que la cour, qui d'ailleurs pour généraliser sa doctrine a évité de spécialiser les marchandises litigieuses, n'a pas entendu attribuer aux expressions dont elle s'est servie un sens absolu, mais un sens relatif au temps et aux circonstances, c'est qu'elle voit dans la décision attaquée devant elle, une déclaration de fait qui ne contrevenait à aucune loi.

(3) Heffter, § 160.

Telles sont les armes de toute espèce et les munitions qui les complètent.

On doit ranger parmi ces objets les choses qui, étant d'utilité première à la guerre, y trouvent leur emploi sinon absolument unique, du moins sérieux et principal : telle est la poudre; et celles qui, n'ayant pas encore la forme d'un instrument préparé pour la guerre, ou qui, n'étant pas dans un état tel qu'elles puissent y être employées immédiatement, n'ont plus à recevoir qu'une préparation qui les y approprie immédiatement sans en changer la nature : tels sont le soufre et le salpêtre, parce que, s'ils n'ont pas la forme définitive sous laquelle ils doivent être employés comme munitions de guerre, la combinaison de l'un et de l'autre suffit pour leur donner cette forme.

On doit également y faire figurer les objets qui, n'étant par eux-mêmes ni armes, ni munitions, en sont l'accessoire et en facilitent l'usage. Telles sont les choses qui servent à l'équipement militaire des hommes et des chevaux, pourvu toutefois qu'elles soient confectionnées, parce qu'à l'état de matières premières, leur utilité guerrière ne serait pas encore déterminée (1).

208. Quant aux objets qui servent à la fois à la guerre et à la paix, la question est plus délicate.

Remarquons d'abord que par objets servant à la fois à la guerre et à la paix, il faut entendre non ceux qui sont nécessaires en tout temps à la vie des hommes, et qui répondent à des besoins qui sont les mêmes en temps de paix et en temps de guerre, mais ceux qui, utiles en temps de paix, trouvent pendant la guerre un nouvel emploi par leur aptitude à servir à l'attaque et à la défense, soit sur mer, soit sur terre.

Ainsi, les vivres et tous les objets de première nécessité ne

(1) Il y a eu sur ce point des doutes singuliers, spécialement pour les fourreaux de sabres. — Voy. Kuricke, *Jus marit. hanseat.*, quæst. 18, p. 73, qui se prononce avec raison pour la prohibition. — Voy., sur la contrebande de première classe, Heffter, § 170 ; Martens, t. II, § 315, et les additions de M. Ch. Vergé ; Hautefeuille, t. II, p. 121 ; Ortolan, t. II, p. 165 et suiv., Bluntschli, § 803. — Pendant la guerre d'Orient de 1854, les puissances alliées n'ont compris sous le nom de contrebande que les armes, les munitions et les objets uniquement destinés aux usages de la guerre.

peuvent être rangés parmi les objets de contrebande de guerre, parce que l'usage qu'on en fait pendant la guerre n'est pas autre que l'usage qu'on en fait pendant la paix (1).

Il n'y a donc véritablement question qu'à l'égard des choses qui trouvent à la guerre un emploi autre que celui qui en est fait pendant la paix : tels sont les minéraux et les métaux bruts dont on peut fabriquer des armes et des projectiles ; le chanvre, la poix, les bois de constructions navales, et tout ce qui sert à l'établissement ou au radoub des vaisseaux, le charbon ou la houille ; tel est enfin l'argent monnayé, qui quelquefois tient lieu de tout, d'hommes, d'armes et de munitions, parce qu'avec de l'argent on peut se procurer des hommes, des munitions et des armes.

Je ne crois pas que cette question soit de nature à recevoir une solution absolue et uniforme. La double utilité des objets dont il s'agit s'oppose d'un côté à ce qu'on puisse toujours en interdire le transport à raison de leur utilité guerrière, puisqu'ils peuvent n'avoir qu'une destination pacifique; et d'un

(1) Des publicistes placent les vivres parmi les objets de contrebande. (Voy. Grotius, lib. III, cap. I, § 5 ; Heineccius, *De nav. ob vect. vetit. merc. comm.;* §§ 8 et 9 ; Hubner, part. II, ch. I ; Loccenius, *De jure marit.*, lib. I, cap. IV, n. 9 ; Selden, *Mare clausum.*) Mais je crois que c'est une erreur, d'après la raison que je donne ci-dessus. Si l'on classait les vivres parmi les choses nécessaires à la guerre, il n'y aurait pas de raison pour ne pas y comprendre tous les objets de première nécessité, et même ceux qui ne répondent qu'à des besoins factices. Heineccius rapporte une contestation qui s'éleva sur ce point, à l'égard du tabac, entre les Espagnols et les Anglais. Les Espagnols, qui voulaient confisquer le tabac, l'assimilaient aux vivres ; les Anglais, qui voulaient que le commerce en fût libre, disaient qu'il ne pouvait servir à la nourriture, et ils répondirent par des représailles aux confiscations faites par les navires espagnols. Heineccius se prononce pour les Espagnols : *Sed ut dicamus quod res est*, dit-il, *non tam hic quæri videtur an aliquid nutriat quam an hostis eo commodè carere nequat, adeoque eo impetrato adversus nos procedat instructior. Talem esse herbam nicotianam extra omnem dubitationis aleam positum est. Exercitus enim sub humido aere, varioque cœlo pro salute reipublicæ excubans, deficiente hâc herbâ non minus se beatum aut instructum putabit quam si ferias egeret esuriales. Quo magis ergo interest gentis ne adversus hostem probe instructum arma ferat, eo minus illi vitio vertendum, si hæc exercitui destinata intercipiat.* (*De nav. ob vect.*, § 14.) Dans ce système, il n'y a pas de marchandises dont la prohibition ne devînt légitime. — Voy. Martens, *ub sup.;* Hautefeuille, t. II, p. 130 ; Wheaton, part. IV, ch. III, § 24 et suiv. ; Ortolan, t. II, p. 166.

autre côté, à ce qu'on puisse les considérer comme essentiellement libres à raison de leur utilité pacifique puisqu'ils peuvent avoir une destination guerrière. C'est donc, en définitive, leur destination qui leur imprime leur caractère; et comme cette destination n'est jamais avouée par ceux qui les transportent à l'ennemi, il en résulte que la preuve doit s'en induire des circonstances de temps et de lieu dans lesquelles le transport à l'ennemi s'en effectue, des quantités importées, de la nature des besoins et du genre de guerre.

Il est manifeste, par exemple, que si ces objets, bien que portés aux ennemis par la voie d'un commerce apparent, leur étaient en réalité fournis par l'État neutre, ils ne pourraient être protégés par la liberté à laquelle aurait droit un commerce sérieux (1). Il est manifeste également que si ces matières premières faisaient voile pour un lieu où ne se trouveraient aucuns des moyens de fabrication nécessaires pour les transformer en instruments de guerre, il serait difficile de leur attribuer une destination guerrière qu'elles ne pourraient pas remplir. Si l'ennemi manque des choses à la fabrication desquelles ces matières premières doivent être employées, il y aura lieu de présumer qu'elles sont destinées à cette fabrication plutôt qu'à celle des objets qui n'auraient qu'une destination pacifique; tandis que si l'ennemi est abondamment pourvu d'armes, de munitions, de vaisseaux, et de tous les objets accessoires qui s'y rapportent, on devra au contraire présumer qu'elles s'adressent aux besoins de la paix et non à ceux de la guerre (2).

Je ne m'engagerai pas plus avant dans des hypothèses qui peuvent varier à l'infini : je crois en avoir dit assez pour faire comprendre l'esprit dans lequel doivent être appréciés les faits dont la vérification conduit à la solution des difficultés qui

(1) *Interesse*, dit Zieglerus (*De jure majest.*, lib. I, cap. XLI, § 27), *utrum suo nomine mercatores hostibus hujus modi res subministrant, an publico principis aut civitatis. Illo casu quia non animus hostilis, sed solum lucri studium mercatoris agat, non statim in eas quàm in hostes decernandum esse. Hoc verò quia publica causa jam satis hostilem esse illum subvectionis actum, etiam negotiatoris deteriorem fore conditionem nec aliam, quam ipsius hostis.*

(2) Voy. Grotius, liv. III, ch. I, § 5.

naissent du transport des marchandises dont la double utilité répond à la fois aux besoins de la paix et à ceux de la guerre (1).

209. Je n'entrerai pas non plus dans l'énumération des marchandises qui, à un titre quelconque, peuvent être classées parmi les objets de contrebande. On comprend facilement qu'il ne serait pas possible de faire une nomenclature exacte et raisonnée des objets dont le transport doit ou peut être prohibé en temps de guerre, puisque la prohibition qui les frappe, résultant du rapport qui existe entre leurs propriétés et les besoins de la guerre, doit varier comme ces propriétés et ces besoins, selon les temps, l'état des sciences et les progrès de l'art de la guerre.

210. Une énumération plus ou moins complète de ces marchandises est faite par presque tous les traités de paix ou de commerce. Il faut toutefois remarquer qu'en ce qui touche les objets de la première classe, c'est-à-dire, ceux qui ne servent qu'à la guerre, cette énumération n'est jamais limitative, mais seulement démonstrative, et que le transport des armes ou des munitions qui n'y seraient pas nominativement spécifiées, n'en serait pas moins défendu, sauf le cas où il serait autorisé par une disposition formelle, parce que la prohibition se fonde, dans ce cas, plutôt sur la nature de la marchandise que sur la disposition déclarative du traité. Au contraire, en ce qui touche les marchandises de la seconde classe, c'est-à-dire celles qui servent à la guerre comme à la paix, l'énumération qu'en contiennent les traités est essentiellement limitative, lorsque le transport en est défendu d'une manière absolue, parce qu'alors c'est moins la nature de la marchandise que la disposition du traité qui sert de base à la prohibition (2).

210 *bis*. Indépendamment des marchandises proprement dites dont il vient d'être question, on range parmi les objets

(1) Voy. sur ce point Hautefeuille, t. II, p. 129 et suiv.; Ortolan, t. II, p. 162 et suiv.; Wheaton, *loc. cit.*, *supr.;* Bluntschli, § 805; Calvo, t. II, § 1105 et suiv.

(2) Voici, au surplus, l'indication des principaux traités et des dispositions législatives qui contiennent des énumérations de la contrebande de guerre: — 10 mars 1406, traité entre le roi d'Angleterre et le duc de Bourgogne; — 2 juillet 1468, entre le roi d'Angleterre et le duc de Bretagne; — Ordonn.

de contrebande de guerre les dépêches relatives à la guerre et transportées dans l'intention de favoriser l'un des belligérants. Mais on ne doit pas considérer comme telles les correspondances ou dépêches ayant un caractère purement diplomatique, encore bien qu'adressées par les agents d'une puissance belligérante au gouvernement de cette puissance (1).

210 *ter*. A plus forte raison les agents diplomatiques d'un Etat belligérant envoyés par cet Etat à une puissance neutre ne peuvent-ils être considérés comme contrebande de guerre et arrêtés par l'autre belligérant sur le navire neutre qui les

de 1543, art. 42; — *id.* de 1584, art. 69; — Traité du 19 août 1604, entre l'Espagne et l'Angleterre; — du 5 avril 1614, entre la Suède et la Hollande; — du 15 nov. 1630, entre l'Espagne et l'Angleterre; — de 1642, entre l'Espagne et le Portugal; — du 18 août 1646, entre la France et la Hollande; — de 1647, entre l'Espagne et les villes anséatiques; — du 15 décembre 1650, renouvelé en 1676 et 1714, entre l'Espagne et la Hollande; — de 1654, entre l'Angleterre et le Portugal; — du 5 avril 1654, entre la Hollande et l'Angleterre; — du 11 avril 1654, entre la Suède et l'Angleterre; — du 10 mai 1655, entre la France et les villes anséatiques; — du 3 novembre 1655, entre la France et l'Angleterre; — du 17 novembre 1659, entre la France et l'Espagne; — du 6 août 1661, entre le Portugal et la Hollande; — du 21 déc. 1661, confirmé le 16 fév. 1667, entre l'Angleterre et la Suède; — de 1667, entre la Suède et la Hollande, confirmé en 1675 et 1679; — du 1er déc. 1674, entre l'Angleterre et la Hollande; — du 26 nov. 1675, entre la Suède et la Hollande; — Ordonn. de 1681, art. 11, tit. *Des prises;* — Traité du 31 mars 1713, entre la France et l'Angleterre; — du 28 déc. 1716, entre la France et les villes anséatiques; — de 1734, entre l'Angleterre et la Russie; — du 21 déc. 1739, entre la France et la Hollande; — du 10 oct. 1742, entre la France et le Danemark; — du 20 juin 1766, entre la Russie et l'Angleterre; — du 1er avril 1769, entre la France et Hambourg; — du 6 févr. 1778, entre la France et les États-Unis; — du 18 fév. 1779, entre la France et le Mecklembourg; — de 1784, entre la Porte et la Russie; — du 31 décemb. 1786-11 janvier 1787, entre la France et la Russie; — du 6-17 janvier 1787, entre la Russie et les Deux-Siciles; — Règlement pour la Russie du 31 déc. 1787; — Traité du 17 nov. 1794, entre l'Angleterre et les États-Unis; — Arrêté du Comité du salut public du 14 nivôse an III; — Traité du 29 août 1795, entre la Hollande et l'Angleterre; — du 21 fév. 1797, entre la Hollande et l'Angleterre; — du 8 vendémiaire an IX, entre la France et les États-Unis: — du 17 juin 1801, entre la Russie et l'Angleterre. — On peut encore consulter les déclarations des puissances belligérantes et de diverses puissances neutres faites à l'occasion des guerres de Crimée et d'Italie, et rapportées dans le *Traité des prises* de MM. de Pistoye et Duverdy, t. II, p. 467 et suiv.

(1) Bluntschli, § 803; Calvo, t. II, § 1131, qui cite plusieurs cas où il a été fait application de cette règle.

transporte à leur destination. Il n'y a que les gens de guerre qui soient contrebande de guerre : les personnes ennemies ne peuvent avoir ce caractère (1).

211. De ce que les belligérants ont le droit de s'opposer au commerce actif ou au transport des marchandises de contrebande, il résulte qu'ils ont le droit de les arrêter lorsqu'ils les rencontrent en pleine mer ou dans les parages soumis à leur juridiction.

Il faut d'abord observer que cet arrêt ne peut avoir lieu qu'autant que les objets chargés sur un vaisseau sont dans une quantité telle qu'ils puissent être réputés faire partie de la cargaison. S'il ne se trouve sur le navire que ce qui est indispensable pour son service et l'usage des hommes qui le montent, il n'y a pas de contrebande, parce que, quelle que soit la destination du navire, les objets qui constituent son armement, ou celui de son équipage et des passagers, ne sont pas destinés à fortifier l'ennemi (2).

Quant aux conséquences de l'arrêt qui a lieu lorsque la cargaison est composée en tout ou en partie d'objets de contrebande, elles ne sont pas toujours les mêmes.

212. S'il s'agit de contrebande de première classe, le belligérant qui la rencontre naviguant à destination de son ennemi peut la confisquer. Le neutre qui la transporte fait un acte décidément hostile, dont le belligérant a le droit de le punir ; et la confiscation de la chose transportée est la peine naturelle de cette hostilité, parce que la crainte de perdre sert alors de frein à l'avidité commerciale, et engage le neutre à s'abstenir de porter secours à l'ennemi (3).

(1) Hautefeuille, questions, p. 277 et suiv. ; Bluntschli, § 817 ; Calvo, t. II, § 1134. Voy. dans ce dernier auteur les discussions qui se sont élevées sur ce point dans l'affaire du *Trent*, lors de la guerre de sécession des États-Unis d'Amérique.

(2) Voy. Traité du 20 juin 1766, entre la Russie et l'Angleterre, art. 17 ; — Déclar. de la Russie du 28 fév. 1780 ; — Déclar. de la France du 29 avril suivant; — Ordonn. de la Russie du 19 mai même année; — Traité du 21 fév. 1797, entre la Russie et l'Angleterre ; — *id.*, 17 juin 1801, art. 3; — Zuarius, *De usu maris*, consil. 2, n. 5 ; Heffter, § 161.

(3) Vattel, liv. III, ch. VII, § 113 ; Heffter, § 161 ; Martens, t. II, § 319 ; Ortolan, t. II, p. 173 ; Hautefeuille, t. III, p. 222 et suiv.

213. Quant à la contrebande de seconde classe, consistant en objets qui ont une double utilité, pacifique et guerrière, comme à raison de cette double utilité, leur transport à l'ennemi ne peut être un acte aussi décidément hostile que le transport des choses qui ne servent qu'à la guerre, puisque l'acte hostile et prohibé peut se trouver mélangé à des actes qui n'ont d'autre but qu'un commerce licite, il faut décider que ce transport ne doit pas provoquer de la part des belligérants une sévérité que son exagération ferait dégénérer en une injustice.

Le belligérant qui arrête un navire chargé de contrebande de seconde classe ne peut donc la confisquer : il ne peut que prendre des mesures pour empêcher le transport à son ennemi, des choses qu'il est en droit de présumer destinées à un usage guerrier, c'est-à-dire les séquestrer pendant un temps plus ou moins long, jusqu'à ce qu'elles ne puissent plus trouver un emploi nuisible (1); ou bien encore exercer la préemption, et les retenir définitivement en les payant sur le pied de leur valeur au lieu de destination (2).

214. Cependant les traités mettent habituellement toutes les marchandises de contrebande sur la même ligne, quelle que soit le classe à laquelle elles appartiennent, et permettent la confiscation des unes aussi bien que des autres. C'est, il nous semble, accorder aux belligérants un pouvoir plus étendu que celui auquel ils pourraient naturellement prétendre. Il est bien évident d'ailleurs que le droit de préemption ne pourrait jamais s'appliquer à des objets qui ne seraient pas de contrebande, mais dont les belligérants auraient intérêt à empêcher le transport. Le transport de ces objets

(1) Voy. anal. Hubner, t. II, part. I, ch. IV, § 6.

(2) Telle était la disposition de l'art. 2 de la loi du 9 mai 1793, qui, en ordonnant la saisie des *comestibles* appartenant à des neutres et chargés pour des ports ennemis, voulait qu'ils fussent payés de leur valeur dans le lieu pour lequel ils étaient destinés. Le traité du 17 juin 1801, entre l'Angleterre et la Suède, réservait à l'Angleterre un droit de préemption sur le chargement des vaisseaux suédois, quand il se composait de poix, résine, goudron, chanvre, et généralement d'objets non manufacturés servant à l'équipement des navires. Une disposition analogue se trouve dans l'art. 18 du traité de 1794 entre l'Angleterre et les États-Unis. — Voy. *sup.*, n. 193.

est toujours libre, et le droit de préemption qu'on voudrait leur appliquer serait une charge nouvelle imposée au commerce des neutres (1).

215. Il s'agit maintenant d'examiner si le droit des belligérants de saisir et de confisquer les marchandises de contrebande s'étend jusqu'au droit de confisquer le navire qui les porte et les marchanchises libres qui forment le surplus de la cargaison.

Les belligérants ne pouvant s'opposer qu'au commerce de contrebande, parce que c'est ce commerce seul qui est hostile et qui a pour résultat de fortifier directement l'ennemi, il faut en conclure qu'ils ne peuvent confisquer que les marchandises de contrebande, parce que, en confisquant de plus la navire et le reste de la cargaison, ils empêcheraient un commerce autre que celui de contrebande, et qu'il est de leur devoir de respecter. Sans doute, la confiscation du navire et de la cargaison libre serait une mesure qui porterait avec elle une plus grande intimidation; mais le droit des belligérants est plutôt d'empêcher que d'intimider, et ils ne peuvent empêcher que par des moyens qui n'entreprennent pas sur le droit des neutres à faire tout commerce pacifique (2). Les traités qui se sont occupés de ce point se trouvent cette fois d'accord avec les principes de la raison et de l'équité naturelle : ils portent que la contrebande seulement est confiscable, et que le navire doit être relâché avec le surplus de la cargaison (3). C'est en ce sens que dis-

(1) V. Heffter, § 161; Ortolan, t. II, p. 185; Hautefeuille, t. II, p. 50; Phillimore, t. III, § 268; Calvo, t. II, § 1126.

(2) Voy. Zuarius, *De usu maris*, cons. 2, n. 6. C'est en ce sens que se prononce Heineccius; mais seulement quant à la marchandise : *Enim verè quamvis in se injustum non videatur ejusmodi commissi pœnam denuntiare iis qui merces prohibitas advehere non dubitaverint, maximè cum eo major plerumque dolus subsit si merces licitæ illicitis misceantur, tamen æquitati magis consentaneum est eas tantum merces quæ adversus legem vehuntur in commissum cadere una cum nave. Certi enim juris est utile per inutile non vitiari, nec pœnam esse, nisi ubi delictum fuit; et hanc æquitatem passim hodiè sequuntur gentes.* (*De nav. ob vect.*, cap. II, § 7.) — Voy. aussi, dans le même sens, Marquardus, *De jure mercat.*, lib. II, cap. IV, n. 36 et suiv. — V. encore Calvo, t. II, § 1121.

(3) Voy. Traités du 28 sept. 1716, art. 16, entre la France et les villes an-

posent également plusieurs ordonnances françaises sur la course (1). Il y a même cela de remarquable, que ces traités et ces ordonnances, par la généralité de leurs termes, n'admettent aucune exception à cette règle.

216. Mais en cela, ne vont-ils trop pas loin ? ne peut-on pas dire, en effet, que s'il est vrai que, lorsqu'un navire est chargé à la fois de marchandises de contrebande et de marchandises libres, on ne peut confisquer la marchandise libre et le navire avec la contrebande, c'est parce que le belligérant n'a pas le droit d'empêcher le commerce de la marchandise libre ? et conclure de là que, lorsqu'un navire n'est chargé que de contrebande de guerre, il ne se trouve plus protégé par la marchandise libre au transport de laquelle il n'est pas employé ; qu'employé au contraire uniquement au transport de la contrebande, il doit en suivre le sort et être confisqué comme elle, si elle est confiscable, parce que, lorsque la cargaison entière est ennemie, le vaisseau qui la transporte à l'ennemi est ennemi comme elle, et ne peut se prévaloir du privilége de la neutralité, au service de laquelle aucune de ses parties n'est affectée (2)?

217. C'est ce qu'a pensé l'art. 1er du règlement du 26 juillet 1778, qui, dérogeant en ce point aux lois antérieures, porte que, « à l'égard des navires des États neutres qui seraient chargés de marchandises de contrebande destinées à l'ennemi, ils pourront être arrêtés, et lesdites marchandises seront saisies et confisquées ; mais que les bâtiments et le surplus de leur cargaison seront relâchés, à moins que lesdites marchandises de contrebande ne composent les *trois quarts* de la valeur du chargement ; auquel cas les navires et les cargaisons seront confisquées en entier. » Cette disposition repose

séatiques ; — 10 oct. 1742, art. 14 et 25, avec le Danemark ; — 1er avril 1769, art. 17, avec Hambourg ; 18 fév. 1779, art. 15, avec le Mecklembourg ; — 8 vendém. an IX, art. 13, avec les États-Unis.

(1) Voy. Ord. de 1681, titre *Des prises*, art. 11 ; — Règl. du 23 juillet 1704, art. 4 ; — Règl. du 21 oct. 1744, art. 4 et 14.

(2) Hubner, t. II, part. I, ch. IV, § 4. — Bynkershoëck, *Quæst. jur. publ.*, lib. I, cap. XIV ; Phillimore, t. III, § 275 et suiv. — Lampredi, conséquent dans son système, rapporte toutes ces questions au droit des gens conventionnel, § 9.

sur une distinction entre le cas où le navire chargé de contrebande de guerre sert en même temps au transport des marchandises libres, et celui où il ne sert qu'au transport de la contrebande ; et elle suppose que, lorsque le quart de la cargaison seulement est en marchandises libres, l'office principal du navire est le transport de la contrebande, et qu'une faible quantité proportionnelle de marchandises libres ne peut suffire pour protéger sa neutralité. J'avais cru, moi-même, dans la première édition de cet ouvrage, devoir admettre cette distinction ; mais un nouvel examen de la question provoqué par la critique que M. Hautefeuille a faite de mon opinion (1), a modifié ma manière de voir. Je crois donc qu'on ne peut considérer le navire comme l'accessoire de la contrebande qui forme son chargement exclusif ou presque exclusif ; que les belligérants dont le droit se borne à empêcher la contrebande ne peuvent saisir que ce qui est de contrebande, et par conséquent qu'ils doivent relâcher le navire qui est protégé par la nationalité et qui par lui-même est innocent (2).

218. Au surplus, il est à remarquer, en ce qui touche la disposition précitée de l'art. 1er du règlement du 26 juillet 1778, qu'elle ne peut faire loi à l'égard des peuples avec lesquels la France a des traités contraires, réglant d'une manière générale que la contrebande seule est confiscable, et que le navire doit être relâché avec le surplus de la cargaison. Ces traités, lors même qu'ils seraient antérieurs au règlement de 1778, ne peuvent en recevoir aucune atteinte s'ils n'ont pas été modifiés. La loi que se donne un peuple ne peut jamais déroger aux contrats synallagmatiques qui le lient avec un autre peuple.

219. Quelques publicistes ont proposé un autre système : tout en admettant que les marchandises libres ne doivent pas être confisquées avec les marchandises de contrebande, ils veulent que le navire soit confiscable lorsque la contrebande a été chargée par le propriétaire du navire, mais qu'il soit re-

(1) T. III, p. 231 et suiv.
(2) Calvo, t. II, § 1121.

lâché si, en l'absence du propriétaire, elle a été chargée par le capitaine ou patron, par le pilote ou par quelqu'un de l'équipage (1). Ils fondent cette distinction sur la loi 22, § 2, ff. *De publicanis, vectigalibus et commissis*, qui porte : « *Dominus navis si illicitè aliquid in nave vel ipse vel vectores imposuerint, navis quoque fisco vindicatur. Quod si absente domino id a magistro, vel gubernatore vel proretâ, nautâve aliquo id factum sit, ipsi quidem capite puniuntur commissis mercibus; navis autem domino restituitur.* » Mais, comme le fait très-bien remarquer Lampredi (2), c'est là une règle de droit civil qui a pu être introduite dans la législation intérieure d'un peuple, sans qu'on soit autorisé à en faire une règle de droit international. Et, d'un autre côté, la loi romaine invoquée n'ayant rapport qu'à la contrebande ordinaire, à la contrebande en matière de douanes, on ne peut pas plus l'étendre à la contrebande de guerre, qui est régie par d'autres principes qu'on ne pourrait se fonder sur les lois françaises, qui, en certains cas, ordonnent la confiscation des objets qui ont servi au transport des marchandises prohibées par les lois de douanes, pour en conclure à la confiscabilité du navire qui a servi à transporter de la contrebande de guerre. Il faut donc en revenir à la règle du droit des gens, qui veut que le belligérant puisse seulement empêcher le transport de la contrebande de guerre, et que par conséquent il ne puisse jamais confisquer le navire alors même qu'il serait uniquement affecté au transport de la contrebande, et à plus forte raison lorsque le navire est à la fois chargé de marchandises prohibées et de marchandises libres dont le transport ne peut être entravé. Il est évident qu'il est inutile dans ce dernier cas de chercher à savoir quel est le chargeur de la contrebande, puisque la marchandise libre est toujours libre, et que sa liberté, pour être réelle, doit protéger celle du navire sans lequel elle ne pourrait arriver à sa destination.

(1) Heineccius, *De nav. ob vect.*, cap. II, § 3 ; Cocceius, *De commissis*, § 35 ; Marquardus, *De jure mercat.*, p. 643, § 5, p. 644, 656; Kuricke, *Quæst. illust.*, n. 17 ; Bynkershoëck, *Quæst. jur. pub.*, cap. XII ; Heffter, § 161.
(2) P. 104, *note* 1.

C'est, au surplus, ce qui a été reconnu par le droit des gens conventionnel, et particulièrement par le traité du 8 vendémiaire an IX, déjà cité, entre la France et les États-Unis, qui, dans son art. 13, après avoir prescrit la confiscation de la contrebande de guerre, ajoute que le bâtiment sur lequel la contrebande est chargée, ainsi que le reste de la cargaison, seront regardés comme libres et ne pourront en aucune manière être viciés par les marchandises de contrebande, *soit qu'ils appartiennent à un même ou à différents propriétaires* (1).

220. Il est bien entendu d'ailleurs que le navire et le surplus de la cargaison ne doivent être laissés libres que s'il n'y a pas eu opposition armée à l'exercice des droits du belligérant sur la contrebande. Si, au contraire, l'équipage du navire a fait de la résistance, s'il y a eu combat et capture, le navire revêt la qualité d'ennemi avec tout ce qu'il porte, et il devient, d'après les lois de la guerre, la propriété légitime des capteurs. Dans ce cas, la confiscation n'est pas la conséquence du transport de la contrebande, mais de la résistance hostile à une action légitime (2).

Il en serait de même si ce navire avait servi d'espion à l'un des belligérants, puisqu'alors il aurait fait un acte direct d'hostilité et cesserait d'être neutre (3).

221. Il est d'ailleurs à peine utile de faire observer que, lorsqu'il y a lieu à la confiscation du navire, cette confiscation entraîne celle de tous ses agrès et accessoires.

222. Mais on s'est demandé si la chaloupe faisait partie des agrès du navire et devait être confisquée avec lui (4). Straccha (5) et Balde (6) ont soutenu la négative, en se fondant sur la loi 29 ff. *de Instr. leg.*, qui porte : « *Scapha navis*

(1) Bynkershoëck est d'un avis contraire : « ... *Distinguendum putem an licitæ et illicitæ merces ad eumdem dominum pertineant, an ad diversos : si ad eumdem, omnes rectè publicabuntur, ob continentiam delicti; si ad diversos, qui navi imposuerunt, alteri alterius factum non nocebit* (*Quæst. jur. publ.*, lib. I, cap. XII.)

(2) Heineccius, *De nav. ob vect. vetit. merc. commiss.*, cap. II, § 7.

(3) Hubner, t. II, part. I, ch. IV; Hautefeuille, t. III, p. 236.

(4) Heineccius, *De nav. ob vect, comm.*, cap. II, § 3.

(5) *De navibus*, pars II, n. 12.

(6) *In lege cum proponas. C. de naut. fœn.*, n. 6

non est instrumentum navis ; etenim mediocritate, non genere ab eâ differt : » et sur la loi 44 ff. *de Evictionibus*, ainsi conçue : « *Scapham non videri navis esse.... nec quidquam conjunctum habere, nam scapham ipsam per se parvam naviculam esse.* » Je pense cependant qu'on doit suivre l'opinion contraire, parce que la chaloupe (et on doit en dire autant du canot) est absolument nécessaire pour la navigation. Tel est aussi le sentiment d'un grand nombre d'auteurs, de Kurike (1), de Loccenius (2), d'Emerigon (3); et Straccha lui-même reconnaît que l'usage est contraire à son opinion personnelle (4).

222 *bis*. On s'est encore demandé, dans le système qui autorise la confiscation du navire, si le navire neutre qui dans un voyage d'aller a transporté des marchandises de contrebande peut être saisi et confisqué dans son voyage de retour chargé de marchandises libres à destination d'un pays neutre. La jurisprudence anglaise se prononce dans le sens de l'affirmative dans le cas surtout où la cargaison de retour a été reconnue être le produit du chargement d'aller; et les jurisconsultes anglais approuvent cette jurisprudence, parce que selon eux l'offense dont le neutre s'est rendu coupable, et la peine qu'il a encourue s'étendent sur tout le voyage, et par conséquent sur l'aller comme sur le retour (5). Mais c'est là donner un faux point de départ à la capture et à la confiscation des navires neutres qui se livrent au commerce de contrebande : il ne s'agit pas ici d'une peine proprement dite, et de la punition d'une offense ou d'un délit. Le navire chargé de contrebande est arrêté pour être empêché de continuer son voyage hostile; il est confisqué avec les marchandises qu'il porte parce que le navire et la cargaison étant considérés comme ennemis, le belligérant contre lequel ils sont

(1) *Quæst.* 5.

(2) *De jure marit.*, cap. II, n. 6.

(3) *Des assur.*, ch. VI, sect. 7.

(4) *Est tamen concedendum si ex communi usu loquendi, qui prævalet, sub dictis vocabulis* CORREDI *et* ARNESI *scapha comprehenderetur, contraria sententia esset admittenda... Et ita audivi prudentes mercatores intelligere, et hoc jure nos uti in civitate Anconæ, ut scapha navis comprehendatur veluti alia armamenta quæ a navi separari possunt.* » (*De assecur.*, gloss., n. 7.)

(5) Halleck, ch. XXIV, § 8.

dirigés a le droit de s'en emparer. Mais quand le voyage hostile est accompli, et que le voyage de retour est par lui-même inoffensif, la capture d'un navire auquel il n'y a rien à reprocher au moment où il est saisi ne constituerait plus un véritable acte de répression, mais une vengeance inutile (1).

222 *ter*. Il est bien évident d'ailleurs que le transport d'objets de contrebande qu'un neutre opérerait par cabotage entre un ou plusieurs ports de l'un des belligérants devrait être considéré comme un commerce de contrebande, aussi bien que si, ces objets destinés à un belligérant, au lieu de sortir d'un des ports de ce belligérant, sortaient d'un port neutre. Il y aurait même dans ce cas une raison de plus pour que le navire neutre fût de bonne prise puisque son commerce serait hostile aussi bien quant au point de départ que quant au point d'arrivée (2).

223. Tels sont les devoirs des neutres en ce qui touche l'impartialité qu'ils doivent observer, et l'abstention complète de tout commerce hostile dans laquelle ils doivent scrupuleusement se maintenir. Tels sont aussi les droits corrélatifs des belligérants, lorsque cette impartialité est rompue, ou qu'une participation directe ou indirecte à la guerre a remplacé l'abstention qui était la condition première de la neutralité. Quand ces devoirs sont observés, quand le commerce des neutres est à la fois impartial et pacifique, le droit des belligérants cesse, et le commerce est libre pendant comme avant la guerre.

§ III. — *Des actes compatibles avec la neutralité.*

Sommaire. — 224. Prétentions des belligérants sur le commerce des neutres. — 225. Prétentions contraires des neutres. — 226. Questions qui naissent de ces prétentions contraires.

224. Cependant ce commerce a paru dans certains cas susceptible de restrictions qui, si elles étaient admises, porteraient une atteinte profonde aux droits des neutres, et auraient pour résultat d'annuler leur commerce qui, de libre de droit,

(1) Wheaton, part. IV, ch. II, § 26; Ortolan, t. II, p. 201 et suiv.; Calvo, t. II, § 1117.

(2) Calvo, t. II, § 1119.

serait asservi de fait à tous les caprices des belligérants.

La navigation commerciale ayant pour objet le transport des marchandises d'un lieu dans un autre, on comprend que les commerçants des nations belligérantes auxquels les usages de la guerre font craindre sur mer des hostilités réciproques, ne se risquent pas toujours à effectuer eux-mêmes le transport de leurs marchandises, et qu'ils préfèrent les confier aux bâtiments neutres, qui ne sont pas exposés aux mêmes risques. Il arrive aussi quelquefois que les neutres, soit par intérêt, soit par nécessité, chargent leurs marchandises sur des bâtiments ennemis. Ces deux faits ont donné lieu à de sérieuses difficultés. D'une part les belligérants, qui s'attribuent le droit de s'emparer des choses qui appartiennent aux sujets ennemis, ont prétendu pouvoir exercer ce droit partout où se trouvaient ces choses, par conséquent lors même qu'elles se trouveraient sur un bâtiment neutre : et, d'autre part, en s'emparant d'un bâtiment ennemi, ils ont voulu étendre le droit de conquête à tout ce que renfermait ce bâtiment, et par conséquent aux marchandises neutres qui s'y trouvaient. Bien plus, ils sont allés quelquefois jusqu'à prétendre que par cela seul qu'un bâtiment neutre était chargé de marchandises appartenant à l'ennemi, il devenait confiscable comme ces marchandises mêmes, suivant cet adage, dans lequel ils voyaient à la fois l'expression et la justification de leur droit : *la robe d'ennemi confisque celle d'ami.*

225. De leur côté, les neutres, se fondant sur ce que tout commerce pacifique et impartial leur est permis pendant comme avant la guerre, ont soutenu qu'ils pouvaient faire le commerce de transport, comme tout autre, et transporter les marchandises de l'ennemi, aussi bien que les leurs propres, pourvu qu'elles ne fussent pas contrebande de guerre ; et que ces marchandises, une fois chargées sur un bâtiment neutre, étaient protégées par la neutralité du bâtiment, ce qu'ils ont exprimé par cet autre adage : *le pavillon couvre la marchandise.* Et en supposant même que la marchandise ennemie pût être confisquée sous pavillon neutre, ils n'ont pas voulu admettre que le bâtiment neutre fût confiscable, parce que, suivant

eux, sa cargaison ne peut le dénationaliser. Enfin, ils ont contesté aux belligérants le droit de confisquer leurs marchandises sous pavillon ennemi, par le motif que le pavillon ne pouvait dénationaliser la marchandise.

226. De là trois questions en quelque sorte connexes, sur lesquelles les belligérants et les neutres ne sont jamais parvenus à s'entendre, et qui, dans les mêmes lieux, ont reçu des solutions différentes suivant les temps et les circonstances, et selon qu'on obéissait à la raison de la force, ou à la force de la raison. Elles consistent à savoir : 1° si la marchandise ennemie peut être confisquée sur un bâtiment neutre; 2° si, dans le cas où cette marchandise est confiscable, le bâtiment neutre qui la porte est lui-même sujet à confiscation ; 3° si la marchandise neutre chargée sur un bâtiment ennemi devient confiscable comme le bâtiment lui-même.

A ces trois questions, on peut en ajouter une quatrième, qui consiste à savoir si les neutres peuvent, en temps de guerre, faire des commerces nouveaux, c'est-à-dire des commerces qu'ils ne faisaient pas pendant la paix, et notamment faire avec les colonies des belligérants le commerce qu'il peuvent faire avec les belligérants eux-mêmes, ou le cabotage sur les côtes des belligérants.

Je vais d'abord m'occuper des trois premières questions : la quatrième fera l'objet d'un examen séparé.

ARTICLE 1er. — *Des marchandises ennemies sous pavillon neutre, et des marchandises neutres sous pavillon ennemi.*

SOMMAIRE. — 227. Variations qu'ont subies les questions qui naissent du transport des marchandises ennemies sous pavillon neutre, et des marchandises neutres sous pavillon ennemi. — 228. Historique de ces questions. — 229. Consulat de la mer. — 230. Anciens traités. — 231. Ancienne législation française. — 232. Autres traités moins anciens. — 233. Paix de Westphalie. — 234. État de la question pendant le dix-septième siècle. — 235. Traité d'Utrecht. — 236. Conduite de l'Angleterre pendant le dix-huitième siècle. — 237. Conduite de la France. — 238. Guerre de l'indépendance des États-Unis d'Amérique. — 239. Neutralité armée. — 240. Ses effets. — 241. Silence des traités sur le sort de la marchandise neutre trouvée sous pavillon ennemi. — 242. Paix de Paris et traités postérieurs. — 243. Révolution française. Rigueurs de l'Angleterre. — 244. Mesures de rétorsion prises par la Convention nationale. — 245. Conduite du Danemark et de la Suède. — 246. Conduite des États-Unis d'Amé-

rique. — 247. Mesures prises par le gouvernement français. — 248. Traité du 8 vendémiaire an IX. — 249. Seconde neutralité armée. — 250. Traité d'Amiens. Blocus continental. — 251. Traités de 1814 et 1815. — 252. Guerre d'Orient. Déclaration du 16 avril 1856. — 252 *bis*. État actuel de la question. — 253. Division de la matière. — 254. Inapplicabilité du droit romain. — 255. Question préjudicielle. — 256. De la propriété ennemie sous pavillon neutre. — 257. Les neutres ont le droit de faire le commerce de transport, comme tout autre commerce. — 258. Les belligérants ne peuvent s'emparer de la propriété ennemie sur un territoire neutre. — 259. Les bâtiments neutres sont un territoire neutre. — 260. Réfutation de l'opinion contraire de Lampredi. — 261. Les belligérants ne peuvent donc confisquer la marchandise ennemie sous pavillon neutre. — 262. Distinction relative à la contrebande de guerre. — 263. Conclusion : le pavillon couvre la marchandise. — 264. Réfutation de l'opinion intermédiaire qui autorise les belligérants à s'emparer des marchandises ennemies sous pavillon neutre, à la charge d'en payer le fret. — 265. Loi française. — 266. Les marchandises du cru de l'ennemi sont libres sous pavillon neutre. — 267. La cargaison ennemie ne rend pas confiscable le navire neutre qui la porte. — 268. Il en est ainsi alors même que la cargaison serait confiscable. — 269. Des propriétés neutres sous pavillon ennemi. — 270. La confiscation en est prononcée par la législation française. — 271. Cette législation est contraire au droit des gens primitif. — 272. Les neutres ne rompent pas la neutralité en se servant de bâtiments ennemis pour le transport de leurs marchandises. — 273. Distinction entre les sujets belligérants et les neutres. — 274. Dans tous les cas, les choses qui sont chez l'ennemi sont présumées lui appartenir, jusqu'à preuve contraire. — 275. Bâtiments neutres trouvés dans un port ennemi. — 276. Résumé.

227. Les variations qu'ont subies les questions qui naissent du transport des marchandises ennemies sous pavillon neutre, et des marchandises neutres sous pavillon ennemi, en démontrent toute l'importance ; et peut-être n'est-il pas sans intérêt de jeter un coup d'œil rapide sur leurs phases et leurs vicissitudes (1).

228. C'est seulement dans le moyen âge qu'on voit apparaître quelques traces d'usages établis entre les nations commerçantes sur la navigation en temps de guerre, usages qui avaient dû s'établir avec d'autant plus de facilité que la guerre était l'état habituel de cette époque. Voici ce que contient à cet égard le chapitre CCLXXVI du *Consulat de la mer*, dont les dis-

(1) Voy. sur ce point M. Hautefeuille, *Histoire du droit maritime*, *passim*, et du *Droit des neutres*, t. II, p. 306 et suiv. ; Heffter, § 162 et suiv. ; Wheaton, *Histoire du progrès du droit des gens*, p. 83 et 285 ; Calvo, t. II, § 1012 et suiv.

positions étaient suivies dès le douzième et le treizième siècle (1).

229. « Lorsqu'un navire armé, allant ou revenant ou étant en course, rencontrera un navire marchand, si ce dernier appartient à des ennemis ainsi que la cargaison, il est inutile d'en parler, parce que chacun est assez instruit pour savoir ce qu'on doit faire, et dans ce cas il n'est pas nécessaire de donner de règle.

« Mais si le navire qui sera pris appartient à des amis, tandis que les marchandises qu'il porte appartiennent à des ennemis, l'amiral du navire armé peut forcer et contraindre le patron du navire qu'il aura pris à lui apporter ce qui appartiendra aux ennemis.... A la charge néanmoins par l'amiral de payer au patron de ce navire tout le fret qu'il aurait dû recevoir s'il avait porté la cargaison là où il devait la décharger...

« Si le patron capturé refuse de porter les marchandises ennemies qui seront sur son navire jusqu'à ce que ceux qui les auront prises soient en un lieu de sûreté, malgré que l'amiral lui en donne l'ordre, celui-ci peut le couler à fond, ou l'y faire couler, s'il le veut, sauf qu'il doit sauver les personnes qui montent le navire... Mais il faut entendre que toute la cargaison de ce navire ou la majeure partie appartient à des ennemis.

« Si le navire appartient à des ennemis et sa cargaison à des amis, les marchands qui s'y trouvent et à qui la cargaison appartiendra en tout ou en partie, doivent s'accorder avec l'amiral pour racheter à un prix convenable, et comme ils pourront, le navire, qui est de bonne prise ; et il doit leur offrir une composition ou perte raisonnable sans leur faire supporter aucune injustice. Mais si les marchands ne veulent pas faire un accord avec l'amiral, celui-ci a le droit d'amariner le navire et de l'envoyer au lieu où lui-même aura armé, et les marchands sont obligés de payer le fret de ce navire, de même que s'il avait porté leur cargaison au lieu pour lequel elle était destinée, et rien de plus. »

(1) Je suivrai, dans ces citations, la traduction de M. Pardessus, *Lois maritimes*, t. II, p. 303.

Remarquons ici que le *Consulat*, en employant le mot *ami* par opposition à celui *ennemi*, entend nécessairement parler des amis de toutes les parties, c'est-à-dire des *neutres :* le mot *neutre* n'est passé que plus tard dans la langue du droit international.

Il résulte de cet ensemble de dispositions ainsi entendues d'une part, que la marchandise ennemie sur un vaisseau ami était de bonne prise, à la charge d'en payer le fret; mais que le vaisseau était relâché; et, d'autre part, que la marchandise amie sur vaisseau ennemi restait libre, nonobstant la capture du navire. Les usages des temps modernes ont souvent été moins favorables au commerce des neutres que ceux du moyen âge.

230. Les deux plus anciens traités sur cette matière ne statuent que sur la question de savoir quel est le sort de la marchandise neutre sur le vaisseau ennemi, et l'un et l'autre maintiennent la liberté de cette marchandise. Le premier, entre Édouard III, roi d'Angleterre, et les villes maritimes de la Castille et de la Biscaye, est de 1351 (1); le second, entre le même roi d'Angleterre et les villes maritimes de Portugal, est de 1353 (2).

En 1406, un traité de Henri IV, roi d'Angleterre, et Jean sans Peur, duc de Bourgogne, déclarait confiscable la marchandise ennemie sous pavillon neutre; ce traité fut suivi de plusieurs autres entre l'Angleterre et des puissances continentales, qui tous eurent pour objet la confiscation, tantôt de la marchandise ennemie sous pavillon neutre, tantôt de la marchandise neutre sous pavillon ennemi (3). Les quinzième

(1) Rymer, *Fœder.*, t. III, part. I, p. 71.

(2) *Ibid.*, p. 88. — En voici les termes : « Et ensi si les gentz dudit roi d'Engleterre et de France preignent en la meer ou en port, nul niefs de ses adversaires ou ennemy, et en lesdits niefs soient trovés marchandises ou autres biens de la marisne et citées avant dites, soient lesdits biens et marchandises amenés en Engleterre et sauvement gardés tanque les marchantz, de queux mêmes les biens et marchandises seront, aient provez que les biens soient lours. »

(3) 1417, Angleterre et Bourgogne ; — 1446, *id.;* — 1460, Angleterre et Gênes ; — 1478, Angleterre et Bourgogne; — 1486, Angleterre et Bretagne; — 1495, Angleterre et Autriche.

et seizième siècles tout entiers n'offrent pas d'exemple contraire. Un seul traité se rapproche du *Consulat de la mer*, et veut qu'en cas de prise d'une marchandise ennemie sous pavillon neutre, le preneur soit tenu d'en payer le fret. C'est celui du 13 février 1460, entre l'Angleterre et la république de Gênes (1). Aucun ne statue sur le sort du navire chargé de marchandise ennemie, ce qui fait présumer qu'on suivait en ce point les usages constatés par le *Consulat de la mer* et que le navire était relâché.

231. La France ne fut partie à aucun des traités passés à cette époque ; mais sa législation intérieure était nécessairement en rapport avec les règles suivies par les autres États maritimes, ainsi que le prouvent les art. 42 de l'édit de 1543, et 69 de l'édit de 1584 : « Voulons et ordonnons, portaient ces deux articles conçus dans les mêmes termes, que si les navires de nos dits sujets font, en temps de guerre, prises par mer d'aucuns navires appartenant à autres nos sujets, ou à nos alliés, confédérés ou amis, èsquels il y ait biens, marchandises ou gens de nos ennemis; ou bien aussi navires de nos dits ennemis, èsquels il y ait personnes, marchandises ou autres biens de nos dits sujets, confédérés et alliés, que le tout soit déclaré de bonne prise ; et dès à présent, comme pour lors, avons ainsi déclaré et déclarons par ces présentes, comme si le tout appartenait à nos dits ennemis. »

Comme on le voit, ces articles suivaient le *Consulat de la mer* en ce qu'ils déclaraient de bonne prise la marchandise ennemie sous pavillon neutre; mais ils lui étaient contraires en ce qu'ils confisquaient la marchandise neutre sous pavillon ennemi. Ils ne prononçaient point d'ailleurs la confis-

(1) En voici le texte : *Nec caricabunt aut portabunt in navigiis eorum supra dicta bona aut mercimonia alicujus inimici nostri, aut inimicorum nostrorum, et casu quo fecerint, petiti et interrogati per nostros dicti januenses debent immediate et sine dilatione (mediante juramento suo cui subditi nostri fidem debent) veritatem dicere, et quæ et qualia bona inimicorum nostrorum, vel inimicis ducunt in navibus suis, et illa sine difficultate tradere et deliberare capitaneis vel ducentibus navigia nostra pro custodia maris, vel aliis subditis nostris, quos abusare contingerat navibus dictorum januensium, ubicunque super mare recipiendo* PRORATA NOLI SIVE AFFRETAMENTI HUJUSMODI *mercium inimicorum.*

cation du navire neutre ou ami, ainsi qu'on l'a quelquefois prétendu à tort (1).

232. C'est en 1604 que, pour la première fois, furent abandonnées ces règles plus rigoureuses que celles du *Consulat de la mer;* et c'est à la France qu'appartient l'honneur d'avoir donné le signal de cet abandon. Le premier traité diplomatique sur la neutralité, auquel la France ait été partie, conclu, en 1604, entre Henri IV et le sultan Achmet, déclare libre, par son art. 9, la marchandise neutre sous pavillon ennemi; et par son art. 12, la marchandise ennemie sous pavillon neutre. Un traité semblable fut passé en 1612, entre la Hollande et la Turquie, et il fut suivi de plusieurs autres entre les régences d'Alger, de Tunis et de Tripoli, d'une part; et, d'autre part, la Hollande, la Suède et le Danemark (2). Bientôt après la liberté de la marchandise ennemie sous pavillon neutre fut consacrée, entre l'Angleterre et le Portugal, par le traité de 1634, qui n'a pas cessé depuis lors de servir de règle entre ces deux nations (3). Mais ce traité ordonnait en même temps la confiscation de la marchandise neutre sous pavillon ennemi.

De son côté, la France, par traité du 18 avril 1646 avec la Hollande, stipulait la liberté de la marchandise ennemie sous pavillon neutre; mais en même temps, et par une contradiction qu'il était dans la destinée de ces questions de voir se reproduire plus d'une fois, l'édit ou déclaration du 1er février 1650 maintenait la rigueur des anciennes ordonnances quant aux marchandises ennemies, et ne les modifiait que relativement aux marchandises des amis ou alliés, desquelles elle ordonnait la restitution.

233. Néanmoins, les traités qui intervinrent à la même époque, avant et depuis la paix de Westphalie, en 1659, adop-

(1) Gentz, *Mém.*, p. 355. Suivant ce publiciste, cette confiscation aurait été ordonnée, soit par les édits précités, soit par d'autres dont il indique les dates de 1536, 1554, 1559; mais c'est une erreur : de ces édits, les uns n'existent pas; les autres sont étrangers à la matière.

(2) Voyez ces traités dans le *Corps dipl.* de Dumont, t. VII, part. I, p. 205, part. II, p. 75, et t. VIII, part. II, p. 136.

(3) Gentz, *Mém.*, p. 402; Lucchesi-Palli, *Principes de droit maritime*, p. 63.

tèrent pour règle uniforme la liberté de la marchandise ennemie sous pavillon neutre, et la confiscation de la marchandise neutre sous pavillon ennemi ; ce qui était poser en principe, d'une part, que le *pavillon couvre la marchandise*, et, d'autre part, que la *robe d'ennemi confisque celle d'ami*. Sans entrer dans l'énumération de tous cas traités (1), il suffira de citer ceux de 1655 et de 1677, entre la France et l'Angleterre ; de 1650, entre l'Espagne et la Hollande ; de 1655, entre la France et les villes anséatiques ; de 1656, entre l'Angleterre et la Suède ; le traité de Westphalie de 1659 ; enfin, le traité de 1661 entre le Portugal et la Hollande.

On ne trouve dans le même temps que deux traités qui posent la règle inverse et reviennent au *Consulat de la mer*, en déclarant libres les marchandises neutres sur vaisseau ennemi, et confiscables les marchandises ennemies sur vaisseau neutre : l'un, de 1661, entre l'Angleterre et la Suède ; l'autre, de 1664, entre la Suède et le Danemark (2).

234. Toutefois, malgré ces deux traités, on peut dire que dans la première moitié du dix-septième siècle, le privilége du pavillon neutre a prévalu d'une manière à peu près générale ; tandis que la marchandise neutre sous pavillon ennemi a presque toujours été déclarée confiscable. Malgré cette restriction, si cet état de choses, qui assurait la liberté de la navigation neutre, eût été maintenu, les droits de la neutralité eussent reposé sur une base assez large. Mais dans les guerres entre la France, l'Angleterre, et de Hollande, qui remplirent la seconde moitié du dix-septième siècle et le commencement du dix-huitième, et qui ne prirent fin qu'en 1713, par le traité d'Utrecht, les belligérants suivirent à l'égard des neutres des règles tout autres que celles qu'ils avaient posées dans leurs traités antérieurs. La France, qui, dans ces traités, avait reconnu le droit du pavillon neutre de couvrir les marchandises ennemies, écrit une règle contraire dans son Code ma-

(1) On peut les voir rapprochés les uns des autres dans Hubner, *De la saisie des bâtiments neutres*, t. II, p. 148, et dans Azuni.

(2 Voyez ces traités dans Dumont, *Corps dipl.*, t. VI, part. II, p. 384 ; et t. VII, part. I, p. 132.

ritime. L'article 7 du titre *des Prises*, de l'ordonnance de 1681, exagérant la rigueur des anciens usages, voulut que « tous navires qui se trouveraient chargés d'effets appartenant aux ennemis, et les marchandises des sujets ou alliés qui se trouveraient dans un navire ennemi, fussent de bonne prise. » Un arrêt du conseil du 26 octobre 1692 ordonna de plus fort l'exécution de cet article, « sans aucune modification, distinction ni restriction, sinon ès cas auxquels S. M. y aurait pourvu par des ordres particuliers. » Enfin, ces dispositions furent renouvelées pendant la guerre de la succession d'Espagne, par le règlement du 23 juillet 1704, qui porte « que, s'il se trouve sur les vaisseaux neutres des effets appartenant aux ennemis de S. M., les vaisseaux et tout le chargement seront de bonne prise, conformément à l'art. 7 de l'ordonnance de la marine. » L'Espagne, qui avait alors le même intérêt que la France, adopta les mêmes règles dans son ordonnance du 21 août 1702, art. 11, et les reproduisit dans celle du 17 novembre 1718 (1).

Ainsi, d'après cette législation, les marchandises ou effets appartenant à l'ennemi rendaient ennemi le navire neutre qui les portait, et réciproquement, le navire ennemi rendait ennemie sa cargaison neutre, de manière que, dans l'un et l'autre cas, tout était sujet à confiscation, sans distinction des propriétés ennemies et des propriétés neutres.

235. Le traité d'Utrecht, en 1713, vint rappeler d'autres principes et consacra de nouveau l'indépendance du pavillon neutre et la liberté des marchandises ennemies naviguant sous ce pavillon. Cette reconnaissance solennelle faite par les puissances maritimes qui étaient le plus intéressées à la question, par la France, l'Angleterre, l'Espagne et la Hollande, paraissait devoir être définitive ; mais il n'en fut rien, précisément peut-être à cause de la position particulière des puissances qui, en cas de guerre, s'engageaient à respecter la neutralité de celles avec lesquelles elles contractaient. Si l'on réfléchit,

(1) Voyez l'Abreu, *Trattado das las presas*, part. I, ch. VIII, p. 108 ; Valin, *Des prises*, p. 71, et Azuni, t. II, p. 175.

dit M. Gentz (1), à la situation respective de la France et de l'Angleterre, qui est telle qu'attendu leur puissance maritime, l'une ne peut être en guerre sans que l'autre y soit bientôt engagée directement ou indirectement, on voit que ces traités, en prévoyant le cas de la neutralité de l'une ou l'autre puissance, prévoyaient un cas si peu probable, que tout ce qu'on se promettait mutuellement ne revenait pour ainsi dire qu'a un simple compliment diplomatique. — Sans doute, le cas prévu par ces traités, de la neutralité de la France ou de l'Angleterre dans une guerre où l'une d'elles serait engagée, est un cas généralement improbable. Nous l'avons cependant vu se réaliser de nos jours. Il n'en est pas moins vrai d'ailleurs que lorsque, après les phases si diverses de la question, la France et l'Angleterre se réunissaient pour la résoudre en un sens, cette solution devait leur servir de règle de conduite à l'égard des autres peuples, et exercer, comme autorité morale et comme vérité reconnue, l'empire qu'elle n'avait pas comme loi, relativement à ceux qui n'avaient pas été partie aux traités qui la consacraient.

236. Loin de là : l'Angleterre, dont la puissance maritime n'avait cessé de s'accroître depuis le commencement du dix-huitième siècle, ne se crut pas obligée par les principes à la reconnaissance desquels elle avait concouru, mais qui limitaient l'omnipotence à laquelle elle prétendait. Elle n'y vit qu'une exception aux règles contraires qu'elle prétendit être de droit commun, parce qu'elles lui étaient plus avantageuses ; et elle ne considéra généralement le traité d'Utrecht que comme une lettre morte dont l'application, restreinte à des puissances maritimes auxquelles il était à peu près impossible de conserver leur neutralité, ne pouvait profiter aux puissances dont la position géographique et politique permettait la neutralité. Cependant dans le traité de 1786 avec la France, elle reconnut encore les droits et la liberté de la navigation et du pavillon neutres (2).

(1) *Mém.*, p. 352.
(2) Voyez Gentz, *Mém.*, p. 397 ; Luchesi-Palli, p. 63.

On cite même deux traités de l'Angleterre avec la Russie, qui auraient reconnu, en 1734 et en 1766, l'indépendance du pavillon neutre et de la marchandise ennemie sous ce pavillon. Mais l'obscurcité de leurs termes est telle qu'il semble, ainsi que le fait remarquer Azuni (1), qu'on ait voulu laisser au caprice de l'interprétation la décision des cas qu'ils auraient dû clairement résoudre (2).

237. La France elle-même négligea les droits du pavillon neutre, dans son traité de 1716 avec les villes anséatiques, qui déclare confiscable la marchandise ennemie sous pavillon neutre, et la marchandise neutre sous pavillon ennemi. Mais bientôt après elle revint à de meilleurs principes dans son traité de 1739 avec la Hollande, qui reproduit les règles précédemment adoptées par e traité d'Utrecht.

Les guerres qui se succédèrent à partir de 1740 virent remettre en vigueur les principes les plus opposés aux intérêts de la navigation neutre. La France reproduisit les dispositions si dures du règlement de 1704, qu'elle adoucit en un seul point, par l'art. 5 de la déclaration du 21 octobre 1744 : « S'il

(1) T. II, p. 211.

(2) Voici les termes de l'art. 11 du traité de 1734 : « Il est convenu que les sujets de l'une ou de l'autre des parties puissent librement aller, venir et commercer dans tous les États qui sont ou pourront être ci-après en intimité avec une des parties, excepté seulement les places qui sont actuellement bloquées ou assiégées, pourvu qu'ils ne portent pas des munitions de guerre à l'ennemi, avec tous autres effets ; les vaisseaux, les passagers, les effets seront libres et sans empêchement. » On voit que cette disposition, tout en laissant aux neutres la faculté de porter à l'ennemi tous autres effets que des objets de contrebande, ne s'explique pas sur le point de savoir s'il s'agit de marchandises appartenant aux neutres et qu'ils vont vendre à l'ennemi, ou de marchandises appartenant à l'ennemi. — Le traité de 1766 présente la même obscurité. Il reproduit d'abord l'article 11 du traité de 1734, puis il ajoute, art. 10 : « Quant à la recherche à faire sur les vaisseaux marchands, les commandants des vaisseaux de guerre et les armateurs se conduiront réciproquement avec autant de faveur que la raison de la guerre existante pourra permettre de le faire envers les puissances les plus amies qui ont observé la neutralité, observant autant qu'il se pourra de suivre les principes et les maximes que prescrivent les lois qui sont généralement avouées. » — De quelle recherche est-il ici question ? S'agit-il seulement de celle de la contrebande destinée à l'ennemi, ou de celles des marchandises destinées à l'ennemi ? Il y a là une obscurité calculée.

se trouve, y est-il dit, sur les vaisseaux neutres des effets appartenant aux ennemis de Sa Majesté, lesdites marchandises ou effets seront de bonne prise et *néanmoins les navires relâchés.* » Le règlement de 1704 voulait que *les vaisseaux et tout le chargement* fussent de bonne prise. Sauf cette restriction, les neutres furent aussi maltraités dans les guerres de 1740, de 1756 et de 1760, que dans la guerre de la succession espagnole. Deux peuples seulement furent exceptés des mesures générales qui frappaient les neutres : les premiers, en exécution du traité précité de 1739; les seconds, par suite d'un traité nouvellement conclu avec la France en 1742. Encore ne jouirent-ils de ces avantages que relativement à la France : l'Angleterre, qui n'était pas liée par les mêmes traités, leur appliqua comme à tous les neutres la rigueur de son droit commun maritime.

238. En 1776, les États-Unis d'Amérique déclarèrent leur indépendance. Le 6 février 1778, la France fit avec eux un traité d'alliance aux termes duquel la liberté du bâtiment assurait la liberté de la marchandise, quand bien même tout ou partie du chargement appartiendrait aux ennemis. Et aussitôt, la guerre avec l'Angleterre ayant été la suite de ce traité, la France, accommodant sa législation au principe qu'elle avait reconnu dans l'imminence d'une guerre qui allait en provoquer l'application, modifia par le règlement du 26 juillet 1778, ses lois et règlements antérieurs de 1744, de 1704 et de 1681; et rendit au pavillon neutre et aux marchandises naviguant sous ce pavillon leur indépendance et leur liberté (1).

(1) On a douté si le règlement de 1778 avait eu pour but et pour effet de conserver le principe que le pavillon couvre la marchandise (voy. *Dict. du comm. et des marchandises*, v° *Neutralité*) ; mais je ne crois pas le doute possible, car si les termes de ce règlement laissent quelque chose à désirer, ils sont complétement éclairés par ceux d'un arrêt du conseil du 14 janvier 1779. — L'art. 1er du règlement de 1778, après avoir énuméré les avantages accordés à la navigation neutre, se termine par une réserve de révoquer ces avantages si les puissances ennemies n'accordaient pas la réciprocité. La Hollande n'ayant pas obtenu de l'Angleterre une liberté égale à celle que la France assurait conditionnellement aux neutres, l'arrêt précité du 14 janvier 1779 révoqua, à l'égard de la Hollande, les avantages énoncés dans l'art. 1er

Cet exemple ne fut pas suivi par l'Angleterre, qui continua à saisir les marchandises ennemies sous pavillon neutre, et même le bâtiment neutre qui les portait. Les Hollandais, les Danois, les Russes, les vaisseaux de Brême, de Lubeck, de Hambourg, eurent le même sort, tandis que la France tenait à leur égard une conduite conforme aux dispositions qu'elle avait annoncées par le règlement de 1778. Aussi cet état de choses, qui rompait l'équilibre au profit de l'Angleterre, dont les vaisseaux confisquaient les propriétés françaises sous pavillon neutre, tandis que la France respectait les propriétés anglaises, n'aurait pu sans doute être maintenu par la France, sans une circonstance nouvelle dans l'histoire des guerres maritimes, et à laquelle la politique du gouvernement français ne fut pas étrangère.

239. La Russie, gouvernée alors par Catherine II, était la plus importante des puissances neutres, sinon par l'étendue de son commerce, du moins par celle de ses forces continentales et maritimes. Elle était donc naturellement disposée à se montrer la plus susceptible. La France profita de cette disposition pour lui insinuer que le moyen de faire cesser les vexations de l'Angleterre était dans une union armée de toutes les puissances neutres qui avaient à s'en plaindre. Le gouvernement russe adopta vivement cette idée, et aussitôt Catherine II publia, le 28 février 1780, une déclaration qui pose le principe de la liberté des marchandises ennemies sous pavillon neutre, à l'exception de la contrebande de guerre, et par lequelle elle manifestait la volonté d'employer la force pour faire respecter la neutralité de son pavillon, et conviait les neutres à suivre son exemple et à s'unir à elle. Sa voix fut

du règlement de 1778, et ordonna l'exécution, à l'égard des bâtiments hollandais, des art. 1, 2, 3, 4 et 5 du règlement de 1744. Or, l'art. 5 du règlement de 1744, ne garantissant ni de la saisie, ni de la confiscation, les marchandises ennemies sous pavillon neutre, il est bien évident que remettre en vigueur cet article à l'égard des Hollandais, par dérogation au règlement du 26 juillet 1778, c'est dire clairement que le règlement du 26 juillet 1778 avait abrogé cet article. (Voy. Merlin, v° *Prise marit.*, § 3, art. 3, n. 2, p. 801 ; Lucchesi Palli, p. 64 ; Hautefeuille, t. II, p. 343.) L'arrêt du conseil du 14 janvier 1779 fut révoqué peu après par un autre arrêt du 22 avril 1780.

entendue : le Danemark publia une déclaration semblable, qui fut suivie, le 9 juillet 1780, d'un double traité entre la Russie et le Danemark, et entre le Danemark la Suède ; et le 1er août 1780, d'un autre traité entre la Russie et la Suède, par lesquels ces puissances s'obligeaient réciproquement, dans le cas où les bâtiments marchands des unes ou des autres, non chargés de contrebande de guerre, viendraient à être capturés, pillés ou insultés sous prétexte de cargaison ennemie, par les bâtiments de guerre des puissances belligérantes, à agir de concert pour obtenir le relèvement de leurs griefs et des réparations convenables, et à user de représailles contre la nation qui refuserait de rendre justice.

Ces traités, auxquels accédèrent la Hollande, le 24 décembre 1780 (1); la Prusse, le 8 mai 1781 ; l'Empire, le 9 octobre même année; le Portugal, le 13 juillet 1782 ; les Deux-Siciles, le 10 février 1783 ; et qui consacraient nettement le principe de l'indépendance du pavillon neutre et de sa cargaison, quoique ennemie, pourvu qu'elle ne fût pas contrebande de guerre, ont reçu le nom de *neutralité armée*.

240. Ils ne furent pas accueillis de la même manière par tous les belligérants. La France, qui les avait suscités, y applaudit, déclara qu'ils étaient l'expression de ses sentiments, et saisit cette occasion pour faire une nouvelle déclaration des principes qui la guidaient dans la guerre actuelle (2). L'Espagne fit une déclaration semblable. Mais l'Angleterre, dont le système était en opposition directe avec les principes qui servaient de base à la neutralité armée, sans oser les désapprouver formellement, évita de s'engager en leur donnant son approbation, et se borna à faire entendre à la Russie, au Danemark et à la Suède, qu'elle agirait à leur égard et respecterait leur neutralité selon la teneur des différents traités conclus avec eux, ce qui n'était pas leur promettre de respecter leur pavillon. Toutefois, les Anglais furent contraints, pendant le reste de la guerre, à une modération qui n'était ni dans leurs habitudes ni

(1) Les ratifications eurent lieu le 22 février 1781.

(2) Lettre du roi à l'amiral, du 7 août 1780, rapportée par Emérigon, ch. XII, section XIX, § 2 ; *Codes des prises*, à sa date.

dans leur volonté. Ils furent même obligés de relâcher des bâtiments capturés sous pavillon russe (1). Mais en même temps, et comme pour se venger d'un côté de l'échec qu'ils éprouvaient de l'autre, ils déclarèrent, le 20 décembre 1780, la guerre à la Hollande, espérant par là l'empêcher d'adhérer aux traités de neutralité armée (2).

241. Ces traités, comme la plupart de ceux qui les avaient précédés, gardent le silence sur le sort de la marchandise neutre trouvée sous pavillon ennemi. Ce silence dans les traités de neutralité armée n'est pas une prétérition irréfléchie : c'est une omission volontaire. On craignait sans doute, en se montrant trop exigeant, de rendre moins acceptables de la part des belligérants, des conventions faites dans l'intérêt des neutres. C'est ce qui semble résulter du règlement pour la navigation donné par Catherine II, aussitôt après sa déclaration de neutralité armée, règlement qui reproduit et développe l'esprit de cette déclaration. « Malgré cette sûreté des marchandises non prohibées sur un bâtiment neutre, y est-il dit, on devra éviter de charger ces propriétés sur des vaisseaux appartenant à une des nations en guerre, afin de prévenir par là toute discussion et désagrément quelconque (3). » On crut assez faire en assurant la liberté et l'indépendance du pavillon neutre et de sa cargaison.

242. Le principe sur lequel reposent ces traités fut maintenu dans tous ceux qui suivirent la paix générale conclue à Paris le 3 janvier 1783. Déjà, avant la paix, un traité conclu le 8 octobre 1782, entre les États-Unis et la Hollande, déclarait expressément qu'un vaisseau libre assurait la liberté des effets dont il était chargé. La même déclaration fut faite dans le traité du 3 avril 1783, entre la Suède et les États-Unis ; en 1784, entre la Russie et la Porte Ottomane ; en 1785, entre la Prusse et les États-Unis ; enfin, en 1787, entre la France et la Russie, et entre la Russie et les Deux-Siciles.

243. Tel était l'état des choses lorsque la révolution française

(1) Azuni, t. II, p. 68.
(2) Lucchesi-Palli, p. 80.
(3) Voyez ce règlement dans Lampredi, partie II, p. 41.

éclata, et vint rompre l'accord qui s'était formé entre toutes les nations, l'Angleterre exceptée, sur les droits du pavillon neutre. Dès le début de la guerre, qui ajoutait aux bouleversements intérieurs des complications extérieures, la Convention nationale décréta que les anciennes lois sur les prises, c'est-à dire le règlement de 1778, si favorable à la navigation neutre, continueraient d'être exécutées (1). Cette loi recevait en effet son exécution lorsque l'Angleterre, mettant en pratique les cruelles paroles de M. Pitt, interdit aux neutres tout commerce avec la France. « La France, avait dit le ministre anglais, doit être détachée du monde commercial, et traitée comme si elle n'avait qu'une seule ville, qu'un seul port, et que cette place fût bloquée et affamée par terre et par mer (2). » Et pour l'affamer, les vaisseaux anglais eurent ordre de saisir les bâtiments neutres destinés pour la France, principalement lorsque leur cargaison consistait en vivres et en céréales.

244. A cet acte, la Convention nationale répondit avec énergie, mais non pas sans modération. Elle déclara, par un décret du 9 mai 1793, que tous les droits des gens étant violés par l'Angleterre, il n'était plus permis au peuple français de remplir vis-à-vis de toutes les puissances neutres en général, le vœu qu'il avait si souvent manifesté et qu'il formerait constamment pour la pleine et entière liberté du commerce et de la navigation ; et elle autorisa les bâtiments de guerre et les corsaires français à arrêter et à amener dans les ports de la république, les navires neutres qui se trouveraient chargés, en tout ou en partie, soit de comestibles appartenant à des neutres, et destinés pour des ports ennemis, soit de marchandises appartenant aux ennemis. Les marchandises appartenant aux ennemis devaient être déclarées de bonne prise ; quant aux comestibles appartenant à des neutres et chargés pour des ports ennemis, ils devaient être payés sur le pied de leur valeur dans le lieu pour lequel ils étaient destinés. Dans tous les cas, les navires neutres devaient être relâchés, du

(1) Décret du 14 février 1793, art. 3.

(2) Voyez Barrère, *De la liberté des mers*, t. I, p. XVI.

moment où le déchargement des comestibles et des marchandises avait été effectué; le fret en être payé au taux qui aurait été stipulé par les chargeurs, et une juste indemnité leur être accordée à raison de leur détention. « La présente loi, portait l'art. 5 et dernier, cessera d'avoir son effet dès que les puissances ennemies auront déclaré libres et non saisissables, quoique destinés pour les ports de la république, les comestibles qui seront propriétés neutres, et les marchandises chargées sur des navires neutres qui appartiendront au gouvernement ou aux citoyens français. »

Si l'on réfléchit à la position intérieure et extérieure du gouvernement français à cette époque, et à la réaction que devaient avoir sur l'intérieur les mesures étrangères qui appelaient la famine sur un peuple tout entier déjà menacé de disette, on excusera sans aucun doute la Convention nationale de n'avoir pas tenu compte des droits des neutres, lorsqu'il s'agissait pour elle et pour le pays d'être ou de ne pas être, et lorsque, pour affamer la France, l'Angleterre n'avait pas reculé devant la violation la plus manifeste des droits de l'humanité. Le gouvernement français s'empressa d'ailleurs de déclarer, dès le 1er juillet 1793, que les bâtiments des États-Unis n'étaient pas compris dans les dispositions de la loi du 9 mai, conformément à l'art. 16 du traité passé le 6 février 1778 entre les deux nations ; et il en excepta aussi les autres neutres avec lesquels il y avait des traités contraires, spécialement le Danemark. Ces exceptions furent sanctionnées plus tard législativement par l'art. 1er de la loi du 21 septembre 1793, et par l'art. 7 de la loi du 13 nivôse an III.

245. A l'honneur du Danemark, il fut d'abord le seul qui se refusa à accéder aux propositions qui lui furent adressées par l'Angleterre, de cesser tout commerce avec la France, principalement le commerce des comestibles ; et il expliqua les motifs de son refus par une note du 28 juillet 1793, dans laquelle, en même temps qu'il définit et expose les droits réciproques des belligérants et des neutres, il exprimait la ferme volonté de respecter les uns et de défendre les autres (1).

(1) Voyez ce mémoire, vrai chef-d'œuvre diplomatique, dans les *Principes*

La Suède fléchit d'abord devant les exigences de l'Angleterre; mais bientôt après, elle s'unit au Danemark, avec lequel elle renouvela, le 27 mars 1794, les conventions de la neutralité armée de 1770. Les résultats de ce traité eurent quelque efficacité dans le Nord, où les flottes réunies de la Suède et du Danemark, établies dans le Sund, purent protéger plus immédiatement le commerce des neutres; mais il n'en fut pas de même dans l'Océan et dans la Méditerranée, où les corsaires anglais capturaient tous les bâtiments neutres destinés pour la France ou qui sortaient de ses ports, considérant, d'après les instructions de l'amirauté, la cargaison comme ennemie par cela seul qu'elle allait en France ou qu'elle en venait.

246. Tandis que la Suède et le Danemark faisaient leurs efforts pour maintenir leur neutralité, les États-Unis d'Amérique, qui devaient tant à la France, sacrifiaient volontairement la leur, en renonçant à l'indépendance de leur pavillon. Le 19 novembre 1794, ils signèrent un traité avec l'Angleterre, par lequel ils consentaient à ce que la marchandise ennemie fût confiscable sur leurs bâtiments.

247. Alors le gouvernement français, contre lequel le traité était évidemment dirigé, puisque les marchandises ennemies que les États-Unis permettaient à l'Angleterre de confisquer, n'étaient autres que les marchandises françaises ou destinées pour la France, s'emparant d'un article du traité du 6 février 1778, d'après lequel la France et les États-Unis s'étaient engagés mutuellement à n'accorder aucune faveur particulière à d'autres nations, en fait de commerce et de navigation, qui ne devînt aussitôt commune à l'autre partie, déclara suivant arrêté du Directoire exécutif du 12 ventôse an V, qu'il considérait comme acquis à la France le droit de confisquer les marchandises ennemies sur navires américains.

248. Cet état de choses dura, relativement aux États-Unis, jusqu'à la conclusion du traité du 8 vendémiaire an IX (30 sep-

du droit maritime de M. Lucchesi-Palli, p. 89. — Il est l'ouvrage de M. de Bernstorff, l'un des ministres les plus distingués qui aient été appelés au gouvernement d'une nation.

tembre 1800) avec la France, dont l'art. 14 pose en principe que les bâtiments libres assureront la liberté des marchandises. Ce traité statue aussi sur une question dont les conventions diplomatiques avaient depuis longtemps cessé de s'occuper. « On est convenu, porte l'art. 15, que tout ce qui se trouvera chargé par les citoyens respectifs sur des navires appartenant aux ennemis de l'autre partie ou à leurs sujets, sera confisqué sans distinction des marchandises prohibées, ainsi et de même que si elles appartenaient à l'ennemi. »

Déjà, avant ce traité, un arrêté des consuls du 29 frimaire an VIII, s'était départi vis-à-vis des autres nations de la rigueur nécessaire des lois de la Convention et du Directoire, en prescrivant de nouveau l'exécution du règlement de 1778, et avait préparé par là un retour à des principes uniformes et plus doux, qu'appelaient de leurs vœux les belligérants et les neutres.

249. Cependant ces vœux ne furent pas exaucés. Les puissances du Nord, dont l'Angleterre ruinait le commerce, firent une seconde tentative pour renouveler la neutralité armée de 1780, et faire respecter leur pavillon. Déjà même des traités avaient été signés entre la Russie, la Suède, le Danemark et la Prusse, lorsque les représentations de l'Angleterre, appuyées sur les démonstrations guerrières d'une marine dont l'ascendant n'était pas contestable, firent changer ces dispositions. La Suède, menacée par vingt-huit vaisseaux, recula ; le Danemark ne céda qu'à la force, après avoir vu le passage du Sund forcé par la flotte anglaise, et sa propre flotte glorieusement vaincue par Nelson sous les murs de Copenhague. En même temps, la mort tragique du czar Paul 1er changeait les dispositions du gouvernement russe, qui, abandonnant alors les principes si noblement suivis en 1780, fit avec l'Angleterre un traité en date du 17 juin 1801, par lequel la confiscation des propriétés ennemies était autorisée sous pavillon neutre. Le Danemark, abandonné par la Russie, après avoir supporté seul le poids de la défense d'intérêts qui leur étaient communs, fut contraint d'accéder à ce traité, le 23 octobre 1801 ; et l'accession de la Suède, donnée en 1802, vint compléter la dis-

location d'une alliance qui pouvait seule balancer dans les mers du Nord la puissance britannique, et assurer la réalisation des principes auxquels la France voulait se rattacher, mais qu'elle ne pouvait plus observer dès que les neutres, qui devaient les premiers profiter de l'application de ces principes, étaient les premiers à y renoncer.

250. C'est sans doute à cette circonstance qu'il faut attribuer le silence gardé par le traité du 4 germinal an X (25 mars 1802), entre la France et l'Angleterre, sur les droits de la neutralité; peut-être aussi croyait-on alors à la durée de la paix. On se trompait : la guerre recommença bientôt avec une ardeur nouvelle, et jusqu'alors inconnue. On ne suivit plus aucune règle dans une lutte qui semblait ne devoir finir que par la destruction de l'un des belligérants; et les neutres se trouvèrent embrasés par un incendie contre lequel ils n'avaient pas eu le soin de s'assurer. Par les ordres du conseil des 15 mars, 8 avril et 16 mai 1806, l'Angleterre interdisait aux neutres tout commerce avec la France. La France répondait à l'Angleterre par les décrets des 22 novembre 1806 et 17 décembre 1807, qui interdisaient tout commerce avec les îles Britanniques. Dès lors, il ne pouvait plus être question de savoir, au milieu de cet ébranlement général, et quand, à vrai dire, il n'y avait plus de neutralité, quels étaient les droits du pavillon neutre. Quand on confisquait les bâtiments et les cargaisons neutres, il n'y avait plus à s'occuper du sort de la cargaison ennemie.

251. Tel était l'état des choses, lorsque survinrent les événements de 1814 et de 1815, et la paix générale qui mit fin à vingt-cinq ans de guerre. Après l'oubli complet des droits des neutres, qui avait aggravé les conséquences de la guerre, il eût été naturel de leur accorder quelque attention, et de poser, dans un congrès où siégeaient les représentants de toutes les puissances de l'Europe, des règles propres à prévenir le retour de semblables calamités. Il n'en fut rien. Les traités de paix de 1814 et de 1815 gardent sur les droits des neutres le même silence que le traité d'Amiens, en 1802. Et comme si tout le monde se fût donné le mot pour se taire, les

États-Unis, eux-mêmes, qui avaient eu tant à souffrir des mesures contraires entre lesquelles la France et l'Angleterre les avaient comprimés, ne stipulèrent rien en faveur de la neutralité dans un traité de commerce qu'ils conclurent le 3 juillet 1815 avec la Grande-Bretagne.

252. Mais la longue paix qui suivit les guerres du premier empire, en développant les rapports des peuples, a en même temps développé les sentiments de justice qui sont le plus solide fondement de leurs intérêts réciproques; aussi quand, au bout de trente ans, éclata la guerre d'Orient, le premier acte de la France et de l'Angleterre, pour la première fois unies et combattant ensemble en faveur de la même cause, fut, en même temps qu'elles annonçaient l'intention de ne pas délivrer des lettres de marques pour les armements en course, de déclarer que leurs vaisseaux ne saisiraient pas la propriété de l'ennemi chargée à bord d'un bâtiment neutre, à moins que cette propriété ne fût contrebande de guerre; et qu'elles ne comptaient pas revendiquer le droit de confisquer la propriété des neutres, autre que la contrebande de guerre, trouvée à bord des bâtiments ennemis (1). Et après cette guerre si glorieusement conduite et si heureusement terminée, les plénipotentiaires des puissances qui avaient signé le traité de Paris du 30 mars 1856, faisaient le 16 avril suivant une déclaration solennelle qu'elles s'engageaient à soumettre à l'adoption des autres puissances, et par laquelle posant d'abord le principe de l'abolition de la course, elles proclamaient en maxime, que le pavillon neutre couvre la marchandise ennemie, à l'exception de la contrebande de guerre, et que la marchandise neutre, à l'exception de la contrebande de guerre, n'est pas saisissable sous pavillon ennemi (2).

252 *bis*. Mais comme cette déclaration comprenait l'abolition de la course parmi les principes dont elle proposait l'application, les États-Unis refusèrent d'y adhérer; et d'autres États, par exemple l'Espagne, n'y adhérèrent que partiellement.

(1) Voyez la déclaration française en date du 9 mars 1856, *Bull. off.*, 153, n. 1267, et la déclaration anglaise, au *Moniteur* des 31 mars et 1er avril 1854.

(2) Voyez cette déclaration, *Bull. off.*, 381, n. 3468.

Néanmoins, quoique les déclarations de cette nature ne puissent avoir tout leur effet qu'autant qu'elles font l'objet d'un accord unanime, dans la guerre de 1859, entre la France, la Sardaigne et l'Autriche les belligérants s'y conformèrent de la manière la plus large ; et si dans la guerre de la sécession américaine la navigation neutre eut plus d'une fois à souffrir des exigences des belligérants, les guerres qui depuis 1864 ont ensanglanté l'Europe ont toutes été précédées de déclarations qui ont pris pour base celle du congrès de Paris, et qui même sont allées au delà. C'est ce qui est arrivé lors de la guerre de 1864 entre la Prusse, l'Autriche et le Danemark ; lors de la guerre de 1866 entre la Prusse, l'Italie et l'Autriche ; enfin dans la guerre de 1870, entre la France et l'Allemagne. Il est même à remarquer que, dans cette dernière guerre, tandis que la France se bornait à mettre en pratique les principes posés dans la déclaration du 16 avril 1856, la Prusse renonçait sous condition de réciprocité à capturer aucune propriété ennemie sur mer, même par les bâtiments de sa marine militaire : la différence entre la force des marines des États belligérants explique cette renonciation plus apparente que réelle, la Prusse ayant tout à craindre de la marine française, et la France ayant au contraire peu à craindre de la marine prussienne (1).

Il est donc permis de penser aujourd'hui, après toutes les vicissitudes auxquelles a été exposée la neutralité, et particulièrement le point de savoir quels sont les droits du pavillon neutre, ou le sort des propriétés neutres sous pavillon ennemi, que la question est entrée dans une phase nouvelle. Cependant comme les déclarations de la nature de celle du 16 avril 1856 n'ont qu'une force morale qui peut être ébranlée par des intérêts contraires et qu'ainsi qu'on l'a vu, toutes les puissances n'ont pas adopté les principes du congrès de Paris, il est encore nécessaire d'examiner la question au point de vue des principes du droit des gens naturel.

253. Comme je l'ai déjà dit, la question de la liberté de la

(1) V. *sup.* n. 158 *bis*.

navigation neutre, en ce qui touche le commerce, est multiple, et se subdivise en trois questions qui touchent, l'une, la liberté des propiétés ennemies sous pavillon neutre ; la seconde, la liberté du navire neutre dont la cargaison est ennemie (1) ; la troisième, la liberté des propriétés neutres sous pavillon ennemi.

254. Ceux qui ont voulu la résoudre contre les neutres ont remonté jusqu'au droit romain pour y trouver des textes favorables à leur opinion. On s'est prévalu de la loi 11, § 2, ff. *De publicanis et vectig.*, que j'ai déjà eu l'occasion de citer. Cette loi autorise la confiscation des marchandises prohibées, et de plus celle du navire sur lequel elles ont été chargées, lorsque le chargement a été fait par le propriétaire du navire, à la différence du cas où le chargement a été fait à son insu ; mais il est manifeste que cette loi, ainsi que je l'ai déjà expliqué, ne renferme qu'une disposition civile, sans aucun rapport avec le droit international ni avec la navigation neutre (2).

On se prévaudrait également à tort, dans l'un ou l'autre sens, de la loi 61, § 1, ff. *Locati*, qui semble supposer que la confiscation des marchandises n'entraîne pas celle du navire : les mêmes motifs s'opposent à ce que ces textes puissent avoir aucune influence sur la solution de la difficulté.

En pareille matière, et lorsqu'il s'agit de résoudre des questions de droit des gens, des textes de lois civiles ne sont pas des raisons. Écartons donc, pour n'y plus revenir, les lois romaines et toutes les inductions qu'on a prétendu en tirer.

255. Il est une remarque qu'on ne doit jamais perdre de vue, dans l'examen de toutes les questions qui intéressent la neutralité, et particulièrement, de celles qui sont relatives au sort des propriétés ennemies sous pavillon neutre, et des propriétés neutres sous pavillon ennemi. C'est que le droit au-

(1) J'entends ici par cargaison ennemie celle qui appartient à un sujet de l'état ennemi, sans être d'ailleurs contrebande de guerre.

(2) Emérigon, ch. XII, sect. XIX, § 2; Azuni, t. II, p. 199; Grotius, lib. III, ch. III, § 6, *note* 1.

quel prétendent les belligérants de faire partager aux propriétés particulières neutres le sort des propriétés particulières ennemies, auxquelles elles sont réunies, et de confisquer celles-là comme celles-ci, suppose chez les belligérants le droit antérieur de confisquer les propriétés particulières ennemies. Or, s'il est vrai, ainsi que je crois l'avoir démontré, que ce droit n'existe pas sur les propriétés particulières ennemies, ou, pour parler plus exactement, sur les propriétés particulières des sujets de l'État ennemi, il faut en conclure qu'à plus forte raison, ce droit n'existe pas sur les propriétés neutres. De ce point de vue, il n'y a plus de question. Il est bien vrai que les sujets ennemis, et, par la même raison, les sujets neutres, peuvent être traités en ennemis lorsqu'ils font des actes d'hostilités ; mais comme ici il s'agit d'un commerce que nous supposons parfaitement pacifique et impartial, il ne peut être question des droits des belligérants contre l'ennemi, qui sont sans application possible dans notre hypothèse.

Il faut donc, pour que la question puisse naître à l'égard des neutres, la supposer résolue contre les sujets ennemis, c'est-à-dire, admettre en point de droit que les belligérants peuvent, sur mer, s'emparer des propriétés particulières ennemies qu'ils y rencontrent.

Partant donc de ce point supposé constant, il s'agit de savoir si le droit des belligérants sur la propriété ennemie peut réagir sur la propriété neutre, tellement qu'il les autorise, soit à rechercher sur un bâtiment neutre la nationalité de la cargaison pour s'en emparer, si elle est propriété ennemie ; soit à s'emparer aussi des bâtiments neutres chargés de propriétés ennemies, sous prétexte qu'ils servent à l'ennemi ; et des propriétés neutres sur bâtiment ennemi, sous prétexte qu'elles se servent de l'ennemi : ce qui revient à savoir si les neutres sont neutres, c'est-à-dire si la guerre dans laquelle ils ne sont engagés ni directement ni indirectement, leur impose le devoir de s'abstenir d'un commerce qui n'a aucun rapport avec la guerre, et des spéculations qui se rattachent à ce commerce.

256. Et d'abord, en ce qui touche le sort de la propriété ennemie sous pavillon neutre, c'est un point constant et qui a été suffisamment établi plus haut, que les neutres peuvent continuer pendant la guerre le commerce qu'ils faisaient ou pouvaient faire pendant la paix, pourvu que ce commerce soit pacifique et impartial ; c'est un point également constant que les belligérants n'ont pas le droit d'interrompre ce commerce, encore bien qu'il puisse leur être nuisible et fortifier indirectement leur ennemi, parce que le droit des belligérants contre l'ennemi ne va pas jusqu'à empêcher les relations des neutres avec l'ennemi, lorsque ces relations n'ont aucun rapport avec la guerre.

257. Or, le commerce consiste non-seulement dans la vente ou l'achat des marchandises, mais aussi dans le transport de ces marchandises, soit après les avoir vendues ou achetées, soit avant. Le commerce de transport, le commerce de commission sont des formes du commerce général, et les conséquences nécessaires du commerce de vente et d'achat, qui deviendrait nul si les marchandises vendues dans un lieu ne pouvaient être pas portées dans un autre, et si, ne trouvant pas d'acheteur dans un lieu, elles ne pouvaient pas aller en chercher ailleurs. Les neutres qui peuvent vendre leurs marchandises à l'ennemi ou acheter les siennes, peuvent donc lui porter les permières après les lui avoir vendues, ou transporter les secondes avant de les avoir achetées, ou pour aller à la recherche des acheteurs. Dès lors, les belligérants n'ont pas le droit d'arrêter les bâtiments neutres chargés de marchandises qu'ils portent à l'ennemi après les lui avoir vendues ou de marchandises de l'ennemi qu'ils transportent sur un marché plus avantageux, puisqu'en cela les neutres ne font qu'accomplir un des faits nécessaires dont se compose leur commerce. Prétendre confisquer les marchandises ennemies soit par leur origine, soit par leur destination, trouvées sur des bâtiments neutres, ne permettre à ces bâtiments le transport des marchandises qu'autant qu'elles seraient propriétés neutres, ce serait arbitrairement restreindre le commerce des neutres à la vente et

(1) Voy. sur la question Calvo, t. 2, § 1092 et suiv.

à l'achat, et annuler de fait leur commerce en leur interdisant la commission, ou le transport, qui est l'agent le plus actif du commerce extérieur.

Les belligérants ne peuvent alors invoquer le droit qu'ils s'arrogent de s'emparer de la propriété de leur ennemi, soit pour l'affaiblir, soit pour l'empêcher de se fortifier, parce que, lorsque ces propriétés sont engagées dans un commerce fait par les neutres, l'effet immédiat de cette confiscation serait d'empêcher le commerce des neutres, commerce qu'avant tout les belligérants doivent respecter ; et parce que le droit qu'ils ont de faire du mal à leur ennemi n'est pas tellement absolu qu'ils puissent, pour arriver jusqu'à leur ennemi, passer sur le corps des tiers pacifiques contre lesquels ils n'ont aucun droit. Qui ne voit, d'ailleurs, que si ce droit de nuire à l'ennemi allait jusqu'à violer le droit des tiers interposés entre les belligérants, il n'y aurait aucune raison pour que les belligérants ne fussent pas autorisés à confisquer même les marchandises des neutres dirigées vers l'ennemi, puisque ces marchandises peuvent maintenir ou accroître ses forces ; ce qui amènerait à reconnaître aux belligérants le droit d'interdire le commerce des neutres.

De quelque côté, donc, qu'on envisage la question, dès qu'il est reconnu que les neutres peuvent continuer, en temps de guerre, le commerce qu'ils faisaient ou qu'ils pouvaient faire pendant la paix, le commerce de commission et de transport comme tout autre, il faut en conclure que les belligérants font un abus de la force lorsqu'ils arrêtent les bâtiments neutres pour confisquer les propriétés ennemies dont ils sont chargés (1).

258. C'est d'ailleurs un point constant que, si les belligérants peuvent s'emparer des propriétés ennemies, ils ne peuvent s'en emparer lorsqu'elles se trouvent sur un territoire neutre, parce que les ennemis n'ont aucun droit à exercer sur ce territoire. Cela est si vrai, que les belligérants ne sauraient prétendre au droit d'aller dans un port neu-

(1) Hubner, t. I, p. 218 ; Hautefeuille, t. II, p. 306.

tre s'emparer des bâtiments ennemis qui s'y trouvent (1).

259. Or, tout bâtiment qui navigue en pleine mer emporte avec lui la nationalité qui lui est propre et dont le pavillon est le signe; il doit être réputé la continuation ou la prorogation du territoire de la nation à laquelle il appartient, et dont la souveraineté le suit et le protége. C'est là moins une fiction qu'une réalité. On sait que la pleine mer est le patrimoine commun de toutes les nations; que toutes peuvent y naviguer librement, et qu'aucune ne peut y exercer une souveraineté permanente; c'est en quelque sorte un territoire neutre. Il suit de là qu'en pleine mer, les navires ne peuvent être soumis à la juridiction d'aucun souverain local, puisqu'il n'y a pas de souverain local; qu'ils ne peuvent être soumis à la juridiction des navires d'une nation amie, puisque les uns ne pouvant pas plus que les autres soumettre la mer à leur empire ne peuvent, par la même raison, y soumettre ceux qui y naviguent; que, dès lors, tout navire, ami ou neutre, dont la nationalité est justement déterminée par le pavillon, reste soumis à sa propre juridiction, et ne reconnaît d'autre souveraineté que celle de la nation à laquelle il appartient, qu'il représente et dont par conséquent il continue le territoire : car autrement il ne serait soumis à aucune juridiction ni à aucun pouvoir, ce qu'il n'est pas possible d'admettre.

260. C'est cependant à cette impossibilité qu'arrive Lampredi, qui, pour établir les droits des belligérants sur les neutres rencontrés en pleine mer, suppose que la nationalité d'un bâtiment ne fait qu'imposer aux hommes qui le montent l'obligation de rester soumis aux lois de leur pays et du souverain sous l'autorité duquel ils naviguent; mais que, en ce qui touche leurs relations avec les étrangers qu'ils rencontrent en pleine mer, ces hommes doivent être considérés comme individus plutôt que comme citoyens, et ne sont plus soumis les uns à l'égard des autres qu'à la simple observation des lois naturelles qui rendent sans doute leurs personnes inviolables, mais qui n'attribuent pas la

(1) Voyez *inf.*, sect. III, § 2.

même inviolabilité au lieu qu'ils occupent, lequel, n'appartenant à personne, ne peut, par l'effet de leur pavillon, être considéré comme appartenant à leur souverain. Et pour fortifier son raisonnement, Lampredi compare deux navires qui se rencontrent en pleine mer, à deux voitures qui se rencontreraient dans un lieu désert et inoccupé. Et de même, dit-il, qu'il serait ridicule de prétendre que ces voitures sont la continuation du territoire dont elles portent les armoiries, de même aussi il est ridicule de prétendre qu'un vaisseau, voiture de mer, doive être regardé comme faisant partie du territoire de la nation dont il arbore le pavillon (1).

Je ne sais si je me trompe : mais il me semble qu'il y a dans ce raisonnement et des erreurs de fait et des erreurs de droit. Précisons d'abord un fait essentiel dont Lampredi paraît ne s'être pas rendu un compte bien exact. Le pavillon, dit-il, ne peut faire que les hommes qui sont, de fait, dans un territoire qui n'appartient à personne, doivent être réputés dans territoire appartenant à leur souverain : « *Bandiera non può far si che uomini che sono di fatto in territorio che non appartiene ad alcuno, devano esser riguardati come in territorio appartenante al loro sovrano.* » Lampredi confond ici deux choses distinctes, la pleine mer, qui ne peut appartenir à personne, et qui, par conséquent, ne peut être considérée comme faisant partie d'un territoire quelconque ; et le vaisseau qui, évidemment, sous le rapport privé, appartient à ceux qui le montent ; et, sous le rapport public, à la nation dont il porte le pavillon et avec l'autorisation de laquelle il navigue ; de telle sorte que la question n'est pas de savoir, comme le suppose cet auteur, si les navigateurs qui se trouvent en pleine mer peuvent se circonscrire sur cette pleine mer un territoire imaginaire qui serait un appendice du territoire de leur patrie ; mais si le vaisseau sur lequel ils se trouvent, qui a une consistance à lui propre, des limites déterminées, qui est distinct matériellement des eaux qui l'environnent, peut être considéré comme une dépendance du territoire de la nation à laquelle son pavillon le rattache.

(1) Partie I, p. 159 et suiv.

Cette première erreur sur la position même de la question a conduit Lampredi à en commettre une autre, et à faire un argument contre les neutres de ce qui est précisément un argument en leur faveur. Car si la pleine mer n'est pas susceptible d'appropriation et ne peut appartenir à personne, de telle sorte que le vaisseau qui s'y trouve ne puisse être considéré comme étant encore sur le territoire dont il porte le pavillon, cela doit être vrai aussi bien pour le belligérant que pour le neutre; et on ne voit pas dès lors à quel titre celui-là prétendrait exercer quelque pouvoir sur celui-ci. C'est précisément parce que le belligérant ne peut avoir ni droit ni juridiction sur la pleine mer, et par conséquent sur ce qui s'y trouve, que le neutre a le droit de se soustraire à ses investigations. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait que le belligérant fût fondé à contester la nationalité du neutre, ou sa neutralité, que la question suppose reconnues, puisqu'il n'y aurait plus de question si on n'était pas d'accord sur la neutralité et la nationalité du bâtiment.

Cette dernière observation répond déjà en partie à l'objection de Lampredi, qui consiste à dire que les hommes de nations diverses qui se rencontrent en pleine mer, sont de simples individus, et non des citoyens (*simplici uomini*) qui ne sont soumis les uns à l'égard des autres qu'à l'observation des lois naturelles. Car si le pavillon indique la nationalité du bâtiment et des hommes qui le montent, ces hommes sont, non pas des individus de l'espèce humaine, mais bien des Français, des Anglais, des Espagnols, des Américains, soumis aux lois de leur pays et conséquemment protégés par leur nationalité.

Cela est si vrai, et c'est le complément de la réfutation, que tous les actes faits en pleine mer sous le pavillon d'une nation, sont réputés faits sur le sol même et dans le territoire réel de cette nation. Les donations, les testaments faits en mer, sont, quant à leurs formes et quant à leurs effets, soumis aux lois du territoire; l'enfant qui naît en mer, sous le pavillon de son pays, est réputé né dans sa patrie (1). Lampredi,

(1) *Code civ.*, art. 59, 60, 61, 86, 87, 988 et suiv.

qui ne peut s'empêcher de reconnaître ces différents faits, en restreint la portée à des conséquences purement civiles, c'est-à-dire à ce qui touche les rapports privés des individus les uns à l'égard des autres, ou avec l'État dont ils restent sujets malgré leur éloignement, et refuse de l'étendre aux rapports publics et de nation à nation entre les bâtiments qui se rencontrent en pleine mer. Cette restriction est arbitraire et contraire à la vérité du fait. Car, lorsqu'il est reconnu que les Français qui montent un vaisseau français restent Français et soumis aux lois françaises; qu'il en est de même des Anglais, des Espagnols, des Russes ou de tous autres, qui montent un vaisseau anglais, espagnol ou russe, on ne voit pas pourquoi leur nationalité et celle de leur bâtiment ne devrait dominer que les rapports particuliers et internes, et resterait sans effet sur les rapports publics et externes. Sans doute, il en est autrement lorsque le vaisseau neutre se trouve dans une partie de la mer qui appartient au belligérant : les lois du pavillon, qui règlent le régime intérieur du bâtiment, ne peuvent alors le soustraire à la juridiction du souverain local : « *Ma non mai all'effetto di sottrare la gente della nave alla giurisdizione del principe del luogo in cui dimora.* » Mais cette objection, faite par Lampredi (1), porte à faux, puisqu'il s'agit de navires qui se trouvent en pleine mer, et qui, par conséquent, ne sont placés sous la juridiction d'aucun souverain local. Lorsqu'un navire se trouve dans les eaux d'une puissance, il ne peut plus réclamer tous ses priviléges de nationalité, parce qu'en entrant dans un port, dans une rade, dans une baie, ou en naviguant sur les côtes, qui sont une dépendance du territoire voisin, il se soumet nécessairement aux lois de police et de sûreté établies par le souverain de ce territoire, dont il ne peut méconnaître l'autorité (2). Dans la pleine mer, au contraire, où il n'y a pas de souverain local, le bâtiment conserve tous ses droits et toute son indépendance, parce qu'il

(1) *Loc. cit.*, p. 163. — Voyez aussi Azuni, qui n'a fait que reproduire les doctrines erronées de Lampredi, t. II, p. 236.

(2) Voyez avis du conseil d'État du 28 octobre 1806, S. 6, 2, 501; et *inf.*, tit. II, ch. I.

ne peut légitimement s'y trouver placé sous la dépendance de qui que ce soit; d'où la conséquence que, conservant son individualité nationale, tout aussi bien que s'il était matériellement attaché au territoire dont il porte le pavillon, il fait réellement partie de ce territoire, auquel le rattache un lien moral qui n'est interrompu par aucune puissance intermédiaire.

La comparaison que fait Lampredi entre des voitures qui se rencontreraient dans un lieu désert et inoccupé, et des vaisseaux qui se rencontrent en pleine mer, manque de justesse. En effet, la terre, à la différence de la mer, étant essentiellement susceptible d'occupation et d'appropriation, celui qui serait arrivé le premier dans un lieu et qui s'y serait arrêté ou établi, même passagèrement, aurait le droit d'écarter ceux qui tenteraient de s'y établir, de telle sorte que les uns et les autres ne se trouveraient pas dans une position respective d'égalité parfaite, comme en pleine mer. Il s'établirait entre eux une sorte de droit privé qui ne laisserait aucune place au droit public. Les uns et les autres ne pourraient alors se prévaloir de leur nationalité. Pourquoi? Parce que le navire en pleine mer, rendez-vous commun des peuples civilisés, voyage avec l'autorisation et sous la protection d'un souverain qu'indique le pavillon et que démontrent les papiers du navire, tandis que la voiture d'un voyageur qui parcourt un désert n'a eu besoin de l'autorisation de personne et n'a d'autre protection que celle de ceux qui l'accompagnent. Des voyageurs qui se rencontrent au fond d'un désert peuvent donc prendre les uns à l'égard des autres toutes les précautions que leur suggère le besoin de leur conservation, puisque rien ne leur garantit la réciprocité de leurs intentions pacifiques. En pleine mer, au contraire, il est toujours possible de vérifier si la nationalité d'un navire est conforme à son pavillon et à ses papiers, si sa neutralité est réelle, et conséquemment s'il voyage avec l'autorisation et sous la protection d'un souverain. Il n'y a donc aucune assimilation possible entre les deux termes de la comparaison, et rien à conclure de l'un à l'autre.

Ce qui prouve, au surplus, que le navire en pleine mer est

une prorogation du territoire, et que le pavillon est le symbole de l'autorité publique et souveraine, qui protége le navire en même temps qu'il établit sa nationalité, c'est que les belligérants qui prétendent exercer des droits sur les navires qu'ils rencontrent, se fondent précisément, pour établir leur droit, sur leur qualité de belligérants; c'est-à-dire sur une qualité collective, qui n'a rien d'individuel, et qui se rapporte, non à leur personne considérée en elle-même, mais à leur qualité de sujets d'un État belligérant dont ils exercent l'autorité, et à leur réunion sur un bâtiment portant le pavillon de cet État : autrement ils ne seraient plus que des brigands et des pirates. Un navire belligérant, monté par des belligérants, représente donc l'État belligérant. Pourquoi, dès lors, le navire neutre sur lequel les belligérants prétendent exercer leurs droits ne serait-il pas une représentation de l'État neutre? Pourquoi le pavillon, qui assure dans certaines limites le droit de contrôle et d'investigation auquel aspirent les belligérants, n'assurerait-il pas aussi le droit des neutres à s'opposer à ce contrôle et à cette investigation, lorsqu'ils excèdent ces limites? Il est donc évident que les droits des belligérants et des neutres sont corrélatifs, fondés sur leur nationalité réciproque et celle de leur bâtiment: d'où la conséquence que les uns comme les autres sont aptes à se prévaloir de cette nationalité.

261. De tout qui précède, il résulte qu'un bâtiment neutre est un lieu neutre comme s'il faisait partie intégrante du territoire neutre; que les belligérants, qui n'ont aucune juridiction sur le territoire neutre, ne peuvent en exercer aucune sur le bâtiment qui représente et proroge ce territoire; et que, par une conséquence nécessaire, ils ne peuvent saisir et confisquer les propriétés ennemies chargées sur un bâtiment neutre (1).

262. On a objecté que si le bâtiment neutre était réellement un lieu neutre, sur lequel les belligérants ne pussent confisquer les propriétés ennemies, ceux-ci n'auraient même

(1) Voyez Hubner, part. II, ch. V; Rayneval, *Droit de la nature et des gens*, p. 262; Cauchy, t. I, p. 35.

pas le droit de confisquer sous pavillon neutre la contrebande de guerre; et que cependant, ce droit leur étant reconnu, la neutralité du pavillon, qui ne protége pas la contrebande de guerre, ne peut davantage protéger les propriétés ennemies (1).

L'objection porte à faux. Un bâtiment neutre n'est un lieu neutre qu'à la condition de rester neutre, et de ne prendre aucune part à la guerre. C'est pourquoi les vaisseaux belligérants qui rencontrent un bâtiment portant pavillon neutre, ont le droit, comme je l'expliquerai bientôt, de vérifier sa nationalité par l'examen de ses papiers de mer; c'est pourquoi encore, lorsque cette nationalité est établie, ils ont de plus le droit de vérifier s'il n'abuse pas de son pavillon pour faire un commerce non neutre, c'est-à-dire pour transporter aux ennemis de la contrebande de guerre. Dans l'un comme dans l'autre cas, le belligérant exerce un droit nécessaire qui a pour but de vérifier la neutralité apparente et effective, et d'empêcher ce qui serait contraire à cette neutralité. Le neutre dont on visite les papiers pour constater sa neutralité ne peut se plaindre d'une constatation dont le résultat doit assurer son indépendance, pas plus qu'il n'est recevable à se plaindre, s'il viole sa neutralité en portant à l'ennemi des marchandises de contrebande, de la confiscation qui met un terme à cette violation. Mais il est manifeste que les droits des belligérants, qui prennent leur source dans l'incertitude ou la violation de la neutralité, cessent lorsque cette neutralité est certaine, lorsqu'elle n'est pas violée, ou que sa violation a cessé. La neutralité conserve alors ou reprend son empire; et comme il n'est pas douteux que les neutres, qui ont le droit de faire avec l'ennemi tout commerce pacifique, peuvent transporter les marchandises de l'ennemi sans renoncer à leur neutralité, il faut en conclure que les belligérants sont sans droit pour s'opposer à ce transport, et qu'ils ne pourraient le faire sans méconnaître les droits des sujets neutres qui montent le navire, et de l'État neutre dont il porte le pa-

(1) Azuni, t. II, p. 236.

villon, c'est-à-dire, sans commettre à la fois une violation de domicile et une violation de territoire.

263. Il faut donc tenir pour certain, malgré l'opinion contraire de quelques publicistes, dont les raisons plus ou moins développées se trouvent réfutées par ce qui précède (1), que les marchandises ennemies sont libres sur un vaisseau neutre ; en d'autres termes, que le pavillon couvre la marchandise.

264. Cependant d'autres publicistes, tout en accordant aux belligérants le droit de saisir les propriétés ennemies sous pavillon neutre, ne le leur accordent qu'à la charge par eux de payer aux neutres le fret ou nolis des marchandises capturées, et une juste indemnité pour le retard occasionné par l'arrêt du bâtiment. Tel est le système de Vattel (2), de Lampredi (3), d'Azuni (4), qui l'ont emprunté au *Consulat de la mer* (5); système qui, tout en témoignant des efforts tentés pour pallier l'injure faite aux neutres, est l'aveu le plus formel de cette injure.

Suivant Lampredi, qui a fort longuement développé ce système, il faut distinguer entre le droit des neutres à faire tout commerce pacifique, et conséquemment celui de commission et de transport, et le droit auquel ils prétendraient de rendre libres les propriétés ennemies chargées sous pavillon neutre. Le premier est incontestable; quant au second, ils ne sauraient y prétendre, parce qu'ils ne peuvent, suivant lui, apporter obstacle à l'exercice du droit des belligérants sur les propriétés ennemies; d'où il conclut que les belligérants ont

(1) Heineccius, *De navib. ob vect. vetit. merc. comm. : Idem statuendum arbitramus si res hostiles in navibus amicorum reperiantur. Illas capi posse nemo dubitat, quia hosti in res hostiles omnia licent, eatenus ut eas ubicumque repertas sibi possit vindicare.* — Henric. Cocceius, *De jure belli in amicos : Nec aliter dicenda res est si è contrario navis amicorum merces hostium ferat : merces enim capi possunt salvâ navi.* — Voyez aussi Grotius, *De jure belli ac pacis,* liv. III, ch. VI, § 6 et la *note;* Bynkershoëck, *Quæst. jur. publ.*, lib. I, cap. XIV, et Philimore, t. III, § 163 et s.

(2) Liv. III, ch. VII, § 115. Cependant Vattel ajoute, en note, que la franchise du bâtiment devrait affranchir la cargaison même appartenant à l'ennemi : cette dernière loi, dit-il, serait plus naturelle que la première.

(3) Partie I, § 10.

(4) T. II, p. 222 et suiv.

(5) Voyez *sup.*, n. 229.

le droit de saisir les marchandises ennemies sur bâtiment neutre, mais à la charge d'en payer le fret, avec indemnité pour le retard, aux bâtiments neutres qui, ayant le droit de les transporter, ne doivent pas souffrir de cette saisie.

Ce système, qui est peut-être spécieux, a pour base une distinction inadmissible. Le droit que les neutres ont de faire le commerce de commission et de transport, et, par suite, de transporter les marchandises ennemies, ne peut être considéré séparément du droit qu'auraient les belligérants de confisquer ces marchandises sous pavillon neutre. Si les neutres ont le droit de se charger du transport des marchandises ennemies, ils ont nécessairement le droit d'effectuer ce transport, il y a contradiction à leur reconnaître d'une part le droit de faire ce transport, et d'autre part à accorder aux belligérants le droit de l'empêcher en se saisissant des marchandises transportées. On croit tout sauver en imposant aux belligérants capteurs l'obligation de payer le fret de la capture et une indemnité pour le retard. Mais ce n'est là qu'un palliatif qui ne fait que déguiser l'injustice, et dont l'idée suppose un grand oubli des procédés commerciaux les plus simples et les plus usuels. Les marchandises expédiées par mer sont, si je puis parler ainsi, une propriété mixte, c'est-à-dire qu'elles sont affectées aux droits des destinataires, en même temps qu'elles appartiennent aux expéditeurs. On sait que presque tout le commerce extérieur se fait par commission, c'est-à-dire, qu'un commissionnaire ou consignataire chargé d'acheter ou de payer dans un lieu pour le compte d'un tiers, se paye de ses avances sur le prix des marchandises que ce tiers lui expédie pour être vendues, de telle sorte que les marchandises que s'expédient réciproquement deux pays sont presque toujours destinées à éteindre des obligations réciproques. Il ne faut donc pas voir seulement dans le transport une opération matérielle et mécanique ; il faut y voir de plus une opération morale, l'accomplissement d'une obligation qui intéresse le destinataire aussi bien que l'expéditeur et le navire ; il faut y voir, non un fait simple qui se résume en lui-même, mais un fait complexe qui se rattache à des faits antérieurs,

en même temps qu'il prépare des faits nouveaux. En un mot, la commission et le transport, qui en est le moyen, sont des opérations sur lesquelles repose le crédit privé, de telle sorte que tout obstacle apporté à l'accomplissement d'un fait particulier est de nature à jeter une profonde perturbation dans l'ensemble général des affaires qui y correspondent.

Il ne suffit donc pas, pour réparer le dommage causé par la saisie de marchandises envoyées en commission, de payer au capitaine du navire le fret de ces marchandises et une indemnité pour le retard, puisqu'il peut y avoir en souffrance d'autres intérêts neutres auxquels il serait impossible de donner une satisfaction suffisante.

Qui ne voit d'ailleurs, en examinant les choses d'un point de vue moins général et moins élevé, que le commerce de transport et de commission, comme tout autre, vit de confiance et de sécurité ? Il n'est donc pas probable que les navires neutres trouvent beaucoup d'expéditeurs lorsque ceux-ci auront en perspective l'éventualité d'une capture. Et il est encore moins probable que les expéditeurs soient rassurés sur leurs propres intérêts, parce que les intérêts du navire resteraient saufs au moyen du payement du fret et d'une indemnité.

Concluons de là que le pavillon couvre parfaitement la marchandise ennemie, lorsqu'elle n'est pas contrebande de guerre; et que les belligérants ne peuvent, sous aucun prétexte, s'approprier cette marchandise chargée à bord d'un navire véritablement neutre.

265. C'est d'ailleurs ce qui résulte, en France, de l'arrêté du 29 frimaire an VIII, auquel n'a pas dérogé l'arrêté du 2 prairial an XI, qui, en abolissant les lois antérieures, ordonne l'exécution du règlement de 1778, dont l'objet principal était, comme on l'a vu plus haut, de rétablir l'indépendance du pavillon neutre ; et c'est ce qui a été consacré par la déclaration du congrès de Paris du 15 avril 1856, aux termes de laquelle *le pavillon neutre couvre la marchandise ennemie à l'exception de la contrebande de guerre* (1).

(1) V. Pistoye et Duverdy, t. I, p. 340, et suiv.

266. A plus forte raison les belligérants ne peuvent-ils s'emparer, sur les bâtiments neutres, des marchandises du cru de l'ennemi. Car en supposant même que les propriétés ennemies pussent être confisquées, les marchandises du cru de l'ennemi ne pourraient être considérées comme des propriétés nécessairement ennemies, bien qu'elles fussent devenues propriétés neutres. A quoi se réduirait le commerce des neutres, s'ils ne pouvaient pas échanger contre leurs produits les produits de l'ennemi? En 1794, le gouvernement anglais prétendit établir en principe que les neutres n'avaient pas le droit de transporter dans les ports étrangers des marchandises de fabrique ennemie, mais qu'ils devaient se borner au commerce de leurs propres produits. La France, par forme de représailles, répliqua par la loi du 29 nivôse an VI, dont l'article 1er portait que « l'état des navires, en ce qui concerne leur qualité de neutres ou d'ennemis, serait déterminé par leur cargaison : qu'en conséquence, tout bâtiment trouvé en mer, chargé en tout ou en partie de marchandises provenant d'Angleterre ou de ses possessions, serait déclaré de bonne prise, quel que fût le propriétaire de ces denrées ou marchandises. » Mais aussitôt après le 18 brumaire, et avant même le complet établissement du gouvernement consulaire, Bonaparte, qui cherchait à se rendre l'Angleterre favorable, fit rapporter la loi du 29 nivôse an VI par une loi du 23 brumaire an VIII. Néanmoins, jusqu'à la paix d'Amiens, le gouvernement anglais persista dans son système, qu'il reprit avec une ardeur encore plus grande après la rupture de cette paix d'une si courte durée. Ces nouvelles rigueurs provoquèrent de nouvelles représailles, et notamment le décret de Berlin du 22 novembre 1806, dont il a déjà été question, qui mettait les îles Britanniques en état de blocus, et prohibait partout le commerce des marchandises anglaises. Lutte sans exemple, où les combattants se lançaient les uns aux autres les débris de leur prospérité commerciale; à laquelle l'exagération même des moyens employés ne permettait pas d'assigner un terme, et dont les tristes résultats doivent à jamais empêcher le retour (1).

(1) Hautefeuille, t. II, p. 411.

267. Les solutions données sur les différents points qui précèdent résolvent implicitement la question de savoir si la cargaison ennemie rend confiscable le navire neutre; car si cette cargaison elle-même ne peut être confisquée, à plus forte raison en est-il de même du bâtiment qui la porte. Il en serait ainsi dans le cas même où on admettrait l'opinion mixte qui autorise les belligérants à s'emparer de la cargaison ennemie, à la charge d'en payer le fret et une indemnité pour le retard du navire : la confiscation ne peut concourir avec l'indemnité.

268. Même en supposant aux belligérants le droit de s'emparer des propriétés ennemies sous pavillon neutre, il faudrait encore décider que la capture de la cargaison n'entraîne pas celle du navire qui la porte. Il en serait ainsi même quand on déciderait que la confiscation des marchandises de contrebande sur un vaisseau neutre autorise la capture du vaisseau; car si l'on peut dire jusqu'à un certain point que le navire employé à un commerce de contrebande commet un acte contraire à la neutralité, il est impossible de nier que le navire employé au transport des marchandises ennemies fasse un commerce parfaitement licite (1).

269. Je passe maintenant à la question de savoir quel est le sort des propriétés neutres sous pavillon ennemi, et si elles peuvent être comprises dans la confiscation du navire ennemi qui les transporte (2).

270. Remarquons d'abord que la législation française autorise la confiscation des marchandises des sujets amis ou alliés sur bâtiment ennemi. L'article 7 du titre *des Prises* de l'ordonnance de 1681, qui contenait à cet égard une disposition formelle, en même temps qu'il autorisait la prise de la marchandise ennemie sous pavillon neutre, abrogé sur ce der-

(1) Voyez *sup.*, n. 216. — *Sed naves amicorum*, dit Heineccius, *ideo capi posse juris rationes non ferunt. Vel amici enim nomen eos ab hâc injuriâ tueri debebat, maximè cum suo jure usi sint dum alterius gentis sibi amicæ res in naves suas negotiandi causâ bonâ fide receperunt... Quo jure sibi alter amici navem quæ nihil contra leges admisit in prædam deposceret ?* (*De navib. ob vect. comm.*, cap. II, § 9.) — Voy. aussi Henric. Cocceius, *loc. cit.*; et Bynkershoëck, *Quæst. jur. publ.*, lib. I, cap. XIV; Hautefeuille, t. II, p. 461.

(2) V., Sur la question, Calvo, t. II, § 1095 et s.

nier point par les lois postérieures, n'a jamais cessé d'être en vigueur en ce qui touche le premier. Toutes les lois postérieures, en modifiant plus ou moins profondément les autres règles de l'ordonnance de 1681 sur les prises, ont toujours positivement maintenu cette ordonnance pour le surplus, en prescrivant l'exécution de celles de ces dispositions auxquelles les règlements postérieurs n'avaient pas dérogé. Telle est la clause expresse des règlements de 1704, de 1744, et de celui de 1778, qui a été remis en vigueur par l'arrêté du 29 frimaire an VIII, auquel n'a pas dérogé l'arrêté du 2 prairial an XI sur la police de la course. Mais cette législation, ainsi que je l'ai déjà fait observer (1), ne saurait être obligatoire pour les neutres, qui ne peuvent sous aucun rapport être assujettis à l'observation des règles arbitraires qu'il convient aux belligérants de leur tracer. Un souverain peut, sans doute, défendre à ses sujets, sous peine de confiscation, de charger des marchandises sur bâtiments ennemis; mais il est incompétent pour imposer une pareille obligation aux neutres sur lesquels il n'a pas juridiction, et dont il ne peut limiter les facultés commerciales. Les neutres ne sont soumis qu'au droit des gens ou aux traités qui le modifient.

271. Or, le droit des gens résout la question en faveur des neutres. Les droits de la guerre ne sont applicables activement ou passivement qu'à ceux qui prennent part à la guerre. Si donc le belligérant peut, par le droit de la guerre, s'emparer de ce qui appartient à l'ennemi, la guerre ne lui donne pas un pareil droit sur les choses qui, bien que trouvées chez l'ennemi, appartiennent à un neutre. « *Quæ vero res hostium non sunt, etsi apud hostes reperiantur*, dit Grotius (2), *capientium non fiunt; id enim nec naturali jure congruit, nec jure gentium introductum est.* » Peu importe que la propriété neutre soit trouvée sur le territoire ennemi, ou sur un vaisseau qui continue ce territoire, la solution reste la même (3); car on ne peut justement confondre avec les ennemis ceux qui restent

(1) Voyez *sup.*, n. 252.
(2) Liv. III, ch. VI, § 26.
(3) Voy. Voët, tit. *De captivis*, ff. n. 5 : *Quod si in navi hostili captâ in-*

neutres, ni les punir d'avoir confié leur propriété au territoire ou au navire ennemi, puisqu'ils n'ont fait qu'user d'une faculté naturelle et incontestable, lorsque d'ailleurs il ne s'agit pas de contrebande de guerre (1). C'est encore ce que la déclaration du 15 avril 1856 a reconnu en établissant en principe que la marchandise neutre, à l'exception de la contrebande de guerre, n'est pas saisissable sous pavillon de guerre.

272. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait que les devoirs de la neutralité s'opposassent à ce qu'un peuple neutre se servît des vaisseaux d'une puissance belligérante pour continuer par ce moyen le commerce qu'il faisait avant la guerre. Ce qui ne peut pas être; car, en se servant des navires belligérants pour faire un commerce pacifique, le neutre reste tout aussi impartial que lorsqu'il se sert de ses propres bâtiments pour porter aux belligérants les marchandises qui leur sont nécessaires. Dès qu'il lui est permis de faire le commerce avec les belligérants, il doit lui être permis d'employer leurs vaisseaux, sans avoir à courir d'autres risques que ceux du retard et des dommages que lui causerait leur capture.

273. Sans doute, le belligérant, qui trouve un de ses sujets avec des ennemis ou en communication avec eux, peut, jusqu'à un certain point, voir dans ce fait un oubli des devoirs qu'impose la nationalité, et par suite confisquer les marchandises de ses sujets trouvées sous pavillon ennemi; mais il ne peut rien reprocher au neutre qui entretient des communi-

veniuntur res quædam ad eos pertinentes qui hostes non sunt, naturali ratione non possunt jure belli acquiri capientibus quibuscum rerum talium domino bellum non est. » — Voy. aussi Henric. Cocceius, *De jure belli in amicos*, §§ 30 et 32; Lampredi, part. I, § 11.

(1) *Si merces amicorum hostium navibus impositæ reperiantur*, dit Heineccius, *De navib. ob vect. comm.*, cap. II, § 9, *hic enim vix ullam excogitari posse rationem existimamus quæ merces illas unâ cum ipsâ navi capientibus acquiri persuadeat. Nec ob conditionem dominorum id fieri potest qui loco hostium non habentur ; nec ob delictum aliquod, cur enim fas sit merces quasdam navi gentis alteri inimicæ imponere ? Nec ob ipsam mercium conditionem, quippe quas licitas esse nullaque lege vel denuntiatione prohibitas ponimus.* — Voy. Vattel, liv. III, ch. v, § 75; Azuni, t. II, p. 246; Hubner, part. I, ch. I, § 8; Bynkershoëck, *Quæst. jur. publ.*, cap. XIII; Hautefeuille, t. II, p. 449; Wheaton, part. IV, ch. III, § 22; Heffter, § 163 et s.; et Cauchy, t. I, p. 57.

cations de même nature, parce que le neutre ne connaît pas d'ennemis et que son devoir est de n'en pas connaître (1).

274. Du reste, toutes les choses qui se trouvent chez l'ennemi sont présumées lui appartenir, jusqu'à preuve contraire. C'est donc aux neutres à prouver leur propriété. Jusque-là, ils ne peuvent être écoutés dans leurs réclamations (2).

275. Les principes ci-dessus s'appliquent également au cas où des bâtiments neutres sont trouvés dans une place ou dans un port ennemi pris par un belligérant. Ces navires doivent être laissés libres, à moins qu'ils n'aient pris une part quelconque à la défense de la ville. C'est un point qui ne peut

(1) *In hac tamen quæstione,* dit Casaregis, *Discurs. legales de commercio et mercaturâ*, disc. 24, n. 21, *pro interpretatione tam juris civilis quam dictæ dispositionis consulatus* (*), *distinguendum videtur. Aut merces quæ inveniuntur super navi inimicâ deprædatâ spectant ad omnes subditos vel vassalos, aut confœderatos cum ipso principe vel rege sub cujus vexillis navigabat altera navis quæ dictam navim hostilis rationis deprædavit, et tunc merces quoque cadunt sub prædâ, quemadmodum ipsa navis hostilis, quia qui communicant cum inimicis nostris, ipsi quoque inimici nostri fiunt : est enim prohibitum commercium habere cum inimicis. Aut verò merces spectant ad alios amicos qui non sunt subditi neque vassali aut confœderati, sed neutrales utriusque nationis, et tunc prædictæ merces non ritè et rectè possunt deprædari, quia eis non est prohibitum contrahere cum inimicis alicujus principis vel regis, prout prohibitum est vassalis et subditis, ac aliis jure pacis aut alio confœderatis : et in isto secundo casu benè procedit dispositio tam juris civilis quam consulatus ablatè tradita.* — Par *alliés*, *confœderati*, Casaregis entend sans doute ceux qu'un traité d'alliance force de prendre part à la guerre, ou qui, par une convention spéciale, se sont interdit toute communication avec l'ennemi. Quant aux *alliés simples* qui n'ont contracté aucune obligation à cet égard, ils sont des *neutres*, tout aussi bien que ceux qui n'ont avec les belligérants aucun traité de navigation, de commerce ou d'alliance.

(2) *Quod dici solet hostiles censeri res in hostilibus navibus, non ita accipi debet quasi certa sit juris gentium lex, sed ut præsumptionem quamdam indicet quæ tamen validis in contrarium probationibus possit elidi ; atque ita in Hollandiâ nostrâ, jam olim anno scilicet* 1338 (1438, suivant Bynkershoëck, *Quæst. jur. publ.*, lib. I., cap. XIII), *flagrante cum hanseaticis bello et judicatum et ex judicato res in legem transiisse comperi.* (Grotius, liv. III, ch. IV, § 6.) — Voy. aussi Vattel, liv. III, ch. III, § 75 ; Azuni, t. II, p. 246 ; Hubner, part. I, ch. I, §§ 8 et 7 ; Casaregis, *Disc. leg.*, disc. 24, n. 18 ; Rayneval, *Droit de la nature et des gens*, § 4.

(*) Disposition citée plus haut, n. 229.

souffrir aucune difficulté (1), et qui a été consacré par plusieurs traités diplomatiques (2).

276. En résumé, du principe fondamental et du droit des gens qui consacre la liberté du commerce pacifique des neutres véritablement neutres, il suit, comme conséquence principale dont l'application garantit dans tous les cas l'exercice de cette liberté, d'abord que les propriétés ennemies sont libres sur bâtiments neutres, en d'autres termes, que le pavillon couvre la marchandise ; ensuite que les marchandises neutres sont libres sur bâtiment ennemi, en d'autres termes, que la robe d'ennemi ne confisque pas celle d'ami. A quoi on peut ajouter une troisième conséquence qui est un appendice de la première, à savoir, que le bâtiment neutre ne cesse pas d'être neutre et ne devient pas confiscable par cela seul que sa cargaison est ennemie.

Article 2. — *Des commerces nouveaux, et spécialement du commerce des neutres avec les colonies des belligérants, et cabotage.*

Sommaire. — 277. État de la question. — 277 *bis*. Opinion d'Hubner. — 278. Historique de la question. — 279. Le commerce des neutres avec les colonies des belligérants n'a aucun caractère hostile. — 280. Les belligérants ne peuvent donc l'interdire. Du cabotage.

277. Les nations se réservent quelquefois le commerce exclusif avec leurs colonies ; ordinairement, et en temps de paix, le commerce de cabotage n'est pas exercé par les étrangers.

De là la question de savoir si le commerce que les neutres seraient autorisés par un belligérant à faire avec ses colonies ou par cabotage sur ses côtes, constitue un commerce hostile.

Occupons-nous d'abord du commerce avec les colonies.

277 *bis*. « La seule partie du commerce des neutres, dit

(1) Grotius, *loc. cit.*, § 5 ; Cocceius, *De jure belli in amicos*, § 36 ; Galliani, *Dei doveri de' principi neutrali*, ch. VIII, §§ 212 et 273 ; Hubner, part. I, ch. I, § 8 ; Azuni, t. II, p. 249.

(2) Voy. notamment l'art. 18 du traité du 29 août 1795, entre les États-Unis d'Amérique et la Grande-Bretagne ; et l'art. 15 du traité du 27 octobre 1799, entre les États-Unis d'Amérique et l'Espagne.

Hubner (1), qui paraisse, quant à sa légitimité, sujette à quelque incertitude, c'est celui que les États qui sont en guerre leur permettent quelquefois de faire avec leurs colonies. Ce qui pourrait faire envisager ce commerce comme illicite, contraire à la neutralité et ayant un rapport direct et immédiat à la guerre, c'est que les mêmes peuples neutres ne le font jamais, et n'osent le faire en temps de paix ; qu'il ne leur est ouvert qu'en temps de guerre, et à cause de la guerre; et qu'enfin, au rétablissement de la paix, ils en sont derechef exclus... Mais il n'y a pas de raison, ajoute-t-il pour que les neutres doivent se refuser au bénéfice considérable que leur présente le commerce avec les colonies d'un belligérant, pourvu qu'ils s'abstiennent de fournir à ces colonies aucune denrée probibée en temps de guerre. »

J'adopte entièrement l'avis d'Hubner; néanmoins je crois qu'on peut le fortifier de raisons plus décisives.

278. La question est presque nouvelle. Elle s'est présentée pour la première fois dans la guerre de 1756 (2). Bien que le système qui en temps de paix réserve à la métropole le commerce exclusif des colonies fût déjà ancien, c'est seulement pendant cette guerre si désastreuse pour la marine française, que l'Angleterre s'opposa au commerce que les neutres faisaient avec nos colonies, sous prétexte qu'il n'était pas permis aux neutres de faire en temps de guerre un commerce qu'on n'exerçait pas en temps de paix; et ses corsaires eurent ordre de saisir tous les bâtiments neutres chargés des produits des colonies françaises, alors même que les neutres prouvaient qu'ils avaient régulièrement acquis la propriété de ces produits. Les Anglais renouvelèrent leurs prétentions dans la guerre de l'indépendance américaine, dans les guerres de la révolution et dans celles de l'empire (3), sans que jamais au-

(1) Part. I, chap. XIV, § 6.

(2) Gentz, *Mém.*, p. 361; Lucchesi-Palli, p. 67.

(3) Un ordre du conseil d'Angleterre du 24 juin 1803 enjoignait aux commandants des vaisseaux de guerre et aux armateurs de saisir même les bâtiments neutres employés au commerce direct entre les colonies de l'ennemi et le pays neutre auquel appartenait le bâtiment, à moins que la cargaison ne

cun des traités qui intervinrent dans les intervalles de paix se soit expliqué sur la question. Je ne connais qu'une seule convention diplomatique qui l'ait résolue. C'est une déclaration du 20 octobre 1801, additionnelle au traité du 17 juin même année, entre la Russie et la Grande-Bretagne. Aux termes de cette déclaration, imposée par la Grande-Bretagne à la suite des démonstrations hostiles que cette puissance venait de faire dans les mers du Nord pour empêcher une nouvelle neutralité armée, il est interdit en principe aux sujets des puissances neutres de transporter directement les marchandises ou denrées des colonies possédées par les puissances belligérantes dans les possessions continentales des belligérants, et de transporter dans les colonies des belligérants les denrées de la métropole. Mais, par exception, il fut établi que les neutres jouiraient, pour faire ce commerce de transport, des mêmes avantages dont jouissaient pendant la paix les nations les plus favorisées par les belligérants, c'est-à-dire que tous les neutres pourraient faire pendant la guerre ce que pouvaient faire pendant la paix ceux seulement auxquels les belligérants avaient concédé certains droits de commerce avec les colonies.

Cette exception, tout en adoucissant la rigueur de la prohibition, suppose, comme on le voit, l'existence du principe sur

fût la propriété d'un bâtiment de ce pays. — Les cours d'amirauté avaient, dans l'application, adouci la rigueur de cette règle, en décidant que, lorsqu'un bâtiment neutre avait porté en pays neutre une cargaison prise dans les colonies de l'ennemi, il suffisait que cette cargaison eût été débarquée dans un port neutre pour qu'elle pût passer immédiatement dans les ports de l'ennemi. Mais un ordre postérieur du conseil, du mois de juillet 1805, vint de nouveau prescrire l'exécution rigoureuse de l'ordre de 1803, et voulut que les cargaisons ne pussent passer d'un port neutre dans un port ennemi qu'après être devenues propriétés neutres. — Cependant, comme les lois injustes ne sauraient prévoir tous les moyens qu'on a de les éluder, les États-Unis d'Amérique introduisirent en Europe, dans le courant de 1816, une quantité de sucre égale au produit de toutes les possessions françaises et espagnoles dans le golfe du Mexique, bien que tout au plus la dixième partie de cette importation eût été acquise par les Américains, et que pour le surplus ils ne fussent que les facteurs et les commissionnaires des ennemis de l'Angleterre. — Voy. Gentz, *Mém.*, p. 367 et suiv.; et Stephen, *War in disguise or the frauds of the neutral flag*. London, 1806.

lequel elle se fonde. Or, c'est le principe lui-même qui est faux, et qu'il s'agit de combattre.

279. Il est vrai que les neutres ne peuvent faire pendant la guerre que le commerce qu'ils faisaient ou pouvaient faire pendant la paix ; mais cette règle n'est exacte qu'en ce sens que les neutres ne peuvent faire qu'un commerce pacifique. Peu importe que le commerce qu'ils font pendant la guerre n'ait pas été fait par eux pendant la paix, si, sans rapport direct avec la guerre, il est de nature à pouvoir être fait pendant la paix, bien qu'en définitive la guerre en soit l'occasion. Il n'est pas douteux, par exemple, que le commerce ordinaire des neutres s'augmente pendant la guerre, qui les appelle à servir d'intermédiaire pour toutes les opérations que les belligérants n'osent pas faire eux-mêmes, et qu'il peut s'établir, par suite, des relations nouvelles entre eux et des peuples avec lesquels ils n'en avaient pas eu jusque-là. Cependant, on n'a jamais prétendu ouvertement que les neutres dussent s'abstenir de profiter de cette extension et de cette création de relations commerciales qui sont une suite de la guerre et qui n'avaient pas lieu pendant la paix. Il doit en être de même du commerce des neutres avec les colonies des belligérants : c'est aussi un commerce nouveau ; mais sa nouveauté ne lui donne pas un caractère hostile, parce qu'il n'a avec la guerre aucun rapport direct, et que les neutres ne prennent pas plus de part à la guerre en profitant du commerce que les belligérants permettent avec leurs colonies, qu'ils n'en prennent lorsqu'ils importent chez les belligérants des marchandises dont ceux-ci défendaient l'importation pendant la paix. Il est encore vrai que le commerce colonial, avantageux aux neutres, peut être également utile au belligérant qui doit en profiter ; mais on sait qu'il ne suffit pas qu'un commerce puisse être avantageux aux belligérants pour que les neutres doivent se l'interdire, car alors ils devraient s'interdire tout commerce avec les belligérants.

280. Les belligérants ne peuvent donc justement interdire aux neutres le commerce avec les colonies de l'ennemi, pas plus qu'ils ne peuvent leur interdire le commerce avec l'en-

nemi, quand toutefois ce commerce a un objet pacifique (1).

Il est à peine nécessaire de faire remarquer que la question ne peut naître qu'à l'égard des colonies du commerce desquelles les étrangers sont exclus pendant la paix, et qui, pendant la paix, ne sont ouvertes, pour l'importation comme pour l'exportation, qu'aux navires de la métropole.

280 *bis*. Ce qui vient d'être dit du commerce des neutres avec les colonies des belligérants s'applique également au cabotage que les neutres faisaient pendant la guerre sur les côtes d'un État belligérant et que ce belligérant se serait réservé pendant la paix. Ce cabotage ne peut sous aucun prétexte plausible être interdit aux neutres : une pareille interdiction équivaudrait à un blocus fictif (2). La question du reste a reçu dans la pratique des solutions fort diverses, selon les temps, les lieux et la diversité des intérêts (3).

§ IV. — *Du blocus.*

Sommaire. — 281. Du droit de blocus. — 282. État de la question. — 283. Réalité du blocus. — 284. Prétentions contraires de l'Angleterre. — 285. Blocus continental. — 286. Définition du blocus. Il n'y a pas de blocus sans investissement et sans réalité. — 287. Droit du belligérant qui établit ce blocus. Fondement de ce droit. — 288. Suite. Occupation et souveraineté. — 289. Il en est de même sur terre et sur mer. — 290. Le blocus n'est pas une question de *neutralité*, mais de *souveraineté*. — 291. Le blocus doit être appuyé de forces suffisantes. — 292. Le belligérant qui bloque peut interdire tout commerce, pacifique ou hostile. — 293. Le droit de blocus s'applique aux villes non fortifiées, comme aux places fortes. — 294. On peut bloquer l'embouchure d'une rivière. — 295. On peut bloquer un détroit. — 296. Sauf les droits de servitude et de passage que les neutres pourraient réclamer sur la rivière ou le détroit. — 297. On peut bloquer toute une étendue de côtes, pourvu que le blocus soit réel. — 298. De la réalité du blocus suivant les principes de l'Angleterre. — 299. Système renouvelé de celui des Hollandais. — 300. Conclusion de ce qui précède. — 301. Quand le blocus est-il obligatoire ? Notifications. — 302. Violation du blocus. — 303. Navires entrants. Navires sortants. Chargement. — 304. — Blocus pacifique.

281. Je me suis occupé jusqu'ici du droit des neutres à

(1) Heffter, § 165; Hautefeuille, t. II, p. 53; Cauchy, t. II, n. 216 et suiv. V. cependant Phillimore, t. III, § 212 et suiv.

(2) Voy. le paragraphe suiv. — Voy. aussi Hautefeuille et Heffter, *loc. cit.*, et M. Ch. Vergé, dans ses annotations de Martens, t. II, § 326 *b*.

(3) V. Calvo, t. I, § 1,198 et suiv. V. aussi Phillimore, t. III, § 212 et suiv.

faire tout commerce pacifique et impartial, et du droit contraire des belligérants à empêcher tout commerce hostile et partial. Il est cependant un cas où les belligérants peuvent interdire momentanément aux neutres le commerce qu'ils font avec certains points du territoire ennemi, alors même que ce commerce n'a en lui-même aucun caractère partial ou hostile : c'est le cas où ces points sont bloqués par mer, ce qui a lieu lorsque l'approche en est défendue par les vaisseaux du belligérant qui s'y trouvent en permanence. Mais la légitimité de cette prohibition se fonde sur des principes autres que ceux qui établissent le droit des belligérants dans les cas de partialité et d'hostilité; et c'est faute d'avoir distingué entre ces différents principes et les conséquences qui en découlent, qu'on a commis dans l'appréciation du droit de blocus des erreurs réciproques qu'il eût été facile d'éviter si on se fût rendu un compte plus exact de l'état de la question.

282. D'une part, on a prétendu, dans l'intérêt des neutres, que le droit de blocus ne pouvait s'appliquer qu'aux places fortes réellement assiégées et investies par mer, par un nombre de vaisseaux suffisant pour qu'il y eût danger évident de chercher à y entrer.

D'autre part, on a prétendu, dans l'intérêt des belligerants, non-seulement que le droit de blocus pouvait s'appliquer à toutes les villes maritimes, aux ports de commerce comme aux places fortes, alors même qu'elles n'étaient ni assiégées ni investies, mais encore à toute une étendue de côtes, quelque difficulté qu'il y eût de les assiéger et de les investir.

283. Ce sont ces dernières prétentions, souvent mises en avant par l'Angleterre, qui furent un des motifs déterminants de la neutralité armée de 1780. La déclaration de la Russie, en date du 28 février 1780, qui fut le premier acte de cette neutralité, porte que, « pour déterminer ce qui caractérise un port bloqué, on n'accordera cette dénomination qu'à celui où il y a, par la disposition de la puissance qui l'attaque avec des vaisseaux arrêtés et suffisamment proches, danger évident d'entrer. »

Cette définition du blocus, qui faisait dépendre son exis-

tence de sa réalité, et qui en restreignait l'effet aux *ports*, sans distinguer d'ailleurs entre les places fortes et les simples places de commerce, fut acceptée par toutes les puissances qui adhérèrent à la neutralité armée (1). Elle fut reproduite par l'art. 27 du traité du 11 janvier 1789 entre la France et la Russie, et par l'art. 18 du traité du 17 janvier de la même année, entre la Russie et les Deux-Siciles. Elle était dailleurs conforme aux principes déjà admis par la France, notamment dans le traité du 10 octobre 1742, avec le Danemark, dans lequel il était convenu (art. 20) que « nul port ne devait être réputé bloqué si l'entrée n'en était fermée au moins par deux vaisseaux du côté de la mer, ou par une batterie de canons du côté de la terre, de manière que les navires ne pussent y entrer sans un danger manifeste. »

284. L'Angleterre, momentanément forcée de renoncer aux blocus sans réalité auxquels elle avait prétendu, trouva dans les guerres de la révolution une occasion favorable pour renouveler ses prétentions, et elle ne la laissa pas échapper. Dès 1793, elle ordonna la saisie de tous les bâtiments neutres chargés de céréales, à destination d'un port de France, ce qui était en réalité déclarer toutes les côtes de France en état de blocus; et en 1798, tous les ports de la Hollande furent déclarés bloqués, sans que ni les uns ni les autres fussent investis ou assiégés, et sans qu'aucun vaisseau arrêté près des ports en défendît l'entrée. Ces nouvelles rigueurs, qui motivèrent des mesures énergiques de la part du gouvernement français (2), allaient donner naissance à une nouvelle neutralité armée, lorsque, comme je l'ai expliqué plus haut (3), la mort tragique de Paul I[er] changea les dispositions du gouvernement russe, et amena les souverains du Nord à traiter avec l'Angleterre. Cependant le traité qui fut alors conclu entre l'Angleterre et la Russie, le 17 juin 1801, et auquel adhérèrent ensuite la Suède et le Danemark, porte formellement « qu'on ne regardera comme port bloqué que celui où il y a,

(1) Voy. *sup.*, n. 239, la date de ces différents traités.
(2) Voy. *sup.*, n. 224 et suiv.
(3) Voy. *sup.*, n. 249.

par la disposition de la puissance qui l'attaque avec des vaisseaux suffisamment proches, un danger évident d'entrer. »

285. Malgré cette stipulation, par laquelle l'Angleterre renonçait à établir des blocus imaginaires et *sur le papier*, et reconnaissait qu'un port ne peut être déclaré en état de blocus qu'autant que la puissance qui l'attaque entretient devant ce port des forces permanentes, elle n'en persévéra pas moins dans l'application d'un système réprouvé par le droit conventionnel de toute l'Europe, en prononçant, le 16 mai 1806, le blocus depuis l'Elbe jusqu'à Brest. Cette mesure, qui était le complément de toutes celles par lesquelles le gouvernement anglais avait comprimé le commerce des neutres, fut un des motifs déterminants du décret du 21 novembre 1806, daté de Berlin, par lequel Napoléon Ier, « considérant que l'Angleterre étendait aux villes et ports de commerce non fortifiés, aux havres et embouchures des rivières le droit de blocus, qui, d'après la raison et l'usage de tous les peuples policés, n'est applicable qu'aux places fortes; qu'elle déclarait bloquées des places devant lesquelles elle n'avait pas même un seul bâtiment de guerre, quoiqu'une place ne soit bloquée que lorsqu'elle est tellement investie, qu'on ne puisse tenter de s'en approcher sans un danger imminent; qu'elle déclarait même en état de blocus des lieux que toutes ses forces réunies seraient incapables de bloquer; des côtes entières et tout un empire, » — déclara les îles Britanniques en état de blocus. Et l'Angleterre ayant encore aggravé la rigueur de sa législation maritime par les ordres du conseil du 11 novembre 1807, Napoléon Ier y répondit en déclarant de nouveau, par le décret du 17 décembre 1807, daté de Milan, les îles Britanniques en état de blocus sur mer comme sur terre, et en prenant les mesures les plus énergiques pour en assurer l'exécution. Ces rigueurs, maintenues jusqu'aux événements de 1814 et de 1815, cessèrent alors d'elles-mêmes et devinrent sans objet. Le congrès de Vienne, qui eût dû chercher à asseoir le droit public de l'Europe sur des bases certaines, ne s'occupa pas plus de fixer les limites du droit de blocus, qu'il ne s'était occupé de déterminer les droits du pavillon

neutre. Et c'est le congrès de Paris qui le 16 avril 1856 a réparé cet oubli en déclarant que « les blocus, pour être obligatoires, doivent être effectifs, c'est-à-dire maintenus par une force suffisante pour interdire réellement l'accès du littoral de l'ennemi. » Dans toutes les guerres qui ont eu lieu depuis cette époque, les belligérants se sont toujours conformés à la règle consacrée par cette déclaration. Néanmoins il n'est pas sans intérêt de rechercher le principe du droit des gens primitif sur lequel elle est fondée, d'autant plus qu'on n'est pas toujours d'accord sur ses conséquences (1).

286. Dans le langage ordinaire et usuel, une place non maritime, bloquée, est une place tellement investie (2) que personne ne puisse y entrer ni en sortir sans danger d'être pris, ce qui suppose que toutes les avenues en sont gardées par des forces permanentes. Par la même raison, une place maritime ou un port bloqué est celui dont toutes les entrées et les sorties sont occupées et fermées par des forces maritimes et permanentes. On bloque une place pour la réduire par la famine, quand on ne peut réussir à la prendre de vive force; il faut donc, pour que le blocus soit effectif, qu'il soit réel, c'est-à-dire qu'il y ait réellement impossibilité ou danger à tenter, soit d'entrer dans la place, soit d'en sortir. Et de même que, dans la signification propre des termes, on ne pourrait considérer comme bloquée une place non maritime qui ne serait pas réellement investie, et dans laquelle on pourrait entrer sans obstacle ni danger, de même aussi on ne peut considérer comme bloqués un port ou une place maritime dont l'entrée et la sortie par mer ne seraient pas empêchées par un obstacle réel et permanent (3).

(1) Voy., sur la question du blocus, Wheaton, part. IV, ch. III, § 28; Ortolan, t. II, p. 287 et suiv ; Hautefeuille, t. II, p. 189 et suiv.; Cauchy, t. II, p. 195 et suiv. et 419 et suiv.; Pistoye et Duverdy, t. I, p. 365 et suiv.; Calvo, t. II, § 1136 et suiv.; Morin, t II, p. 107 et suiv.

(2) « *Blocus,* de l'allemand *blochus*, dit Ménage (*Origines de la langue française*), qui signifie un *boulevard de bois à l'épreuve du canon.* » — On dit encore *blockhaus*.

(3) V. Vattel, liv. III, ch. VII, § 147 ; Lucchesi-Palli, § 179 et suiv.; Bluntschli, § 827.

287. Lorsqu'un belligérant bloque réellement une place maritime ou non maritime, il a le droit d'en interdire l'entrée et la sortie. Mais c'est une erreur de chercher, comme le font quelques auteurs (1), le fondement de ce droit uniquement dans l'intérêt que peut avoir l'assiégeant à empêcher les communications entre la place et le dehors; car j'ai déjà prouvé que, en pareille matière, on ne peut subordonner le droit des tiers pacifiques à l'intérêt des belligérants, puisque, si l'intérêt des belligérants servait de mesure au droit des neutres, les belligérants pourraient, dans tous les cas, interdire le commerce des neutres avec l'ennemi, dès que ce commerce leur paraîtrait contraire à leurs intérêts, ce qui serait en opposition avec tous les principes que je crois avoir précédemment établis. En suivant ces principes, il faudrait décider que les belligérants ne peuvent interdire le commerce des neutres avec une place assiégée ou bloquée qu'autant que ce commerce cesse d'être pacifique, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit d'introduire dans la place des marchandises de contrebande, par exemple, des objets qui seraient directement utiles à la défense de la place. Comme dans ce cas la famine est un des moyens d'attaque, la nomenclature des objets de contrebande pourrait sans doute devenir beaucoup plus large que dans les cas ordinaires, et comprendrait nécessairement tout ce qui serait de nature à servir à la subsistance des assiégés; mais il n'en est pas moins vrai qu'à ce point de vue, les belligérants seraient sans droit pour défendre aux neutres de faire avec une ville assiégée le commerce des choses qui n'auraient aucun rapport avec la guerre, et qui n'y seraient d'aucune utilité. Les principes ne sauraient changer suivant l'échelle sur laquelle ils doivent être appliqués; et les belligérants, qui ne peuvent puiser dans leur intérêt le droit d'interdire le commerce des neutres avec l'ensemble des États de l'ennemi, ne peuvent, par la même raison, avoir plus de droit relativement à un point particulier du territoire ennemi, sous le prétexte unique qu'ils auraient un intérêt plus grand à l'interdire sur ce point.

(1) V. la note qui précède.

C'est donc ailleurs qu'il faut chercher le fondement du droit des belligérants en cas de siége ou de blocus.

288. Lorsqu'une armée investit une place non maritime et cherche à s'en emparer de vive force, au moyen d'un siége en règle, ou à la réduire par la famine au moyen d'un blocus exact et rigoureux, elle en occupe les avenues et le territoire environnant. Or, par cela seul qu'un belligérant occupe un territoire et en a la possession actuelle, il a le droit de se faire obéir dans toute l'étendue du territoire qu'il possède ; et les neutres, qui, moins que personne, peuvent s'établir juges des prétentions contraires de deux États qui se font la guerre, ne seraient pas recevables à contester le droit de l'occupant, parce que par là ils lui contesteraient le droit de faire la guerre, de s'emparer du territoire ennemi, ce qui serait en définitive s'établir juges de son droit (1). D'où la conséquence que le belligérant peut interdire aux neutres comme à tous autres le passage sur le territoire qu'il occupe et qui se trouve actuellement sous sa souveraineté, et leur interdire ainsi le commerce avec les lieux où ils ne pourraient parvenir qu'en passant sur le territoire occupé.

289. Ces principes, incontestables sur terre, sont les mêmes sur mer.

En effet, s'il est vrai que la mer ne soit pas susceptible d'occupation et de possession permanentes et durables, il n'en est pas moins vrai qu'elle est susceptible d'une possession actuelle, en ce sens que l'espace occupé par une flotte, par une escadre, ou même par un seul vaisseau, est momentanément soumis à l'occupant, de même que tout l'espace environnant jusqu'au point où peut atteindre la portée de ses batteries. Par cela même que la mer est l'empire commun de toutes les nations, et que toutes peuvent y naviguer, aucune ne peut contester à une autre le droit de se maintenir dans le

(1) *Pacati sequuntur præsentem possessionem... ; alibi distinximus inter possessionem sive administrationem et interius imperii. Vicini et medii sequuntur presentem possessionem, quia cum judicandi facultas circa jus eis non competat, naturali ratione factum possessionis respiciunt, et cum eo qui civitatem administrat, agunt.* » Henric. Coccéius, *De jure belli in amicos*, § 788.

mouillage nécessairement momentané qu'il lui convient d'occuper, et aucune ne peut venir se placer dans les mêmes eaux sans s'exposer à en être repoussée par la voie de la force, et sans se soumettre d'avance à la juridiction de celle qui les occupe. Lors donc qu'un port ou une place maritime se trouvent bloqués par un nombre de vaisseaux suffisant pour en occuper les approches de telle sorte qu'aucun espace intermédiaire ne soit à l'abri de leurs batteries, l'occupant peut interdire aux neutres, comme à tous autres, tout passage sur la partie de la mer qui se trouve momentanément sous sa souveraineté, et par conséquent toute communication avec le port bloqué, aussi bien que lorsque l'occupation a lieu sur terre (1).

La similitude est d'autant plus complète, que les vaisseaux qui bloquent une place maritime, au lieu de se tenir dans la pleine mer, ce qui exigerait un nombre trop considérable de bâtiments, cherchent à se tenir le plus près possible de la terre, et dans la mer littorale qui fait partie du territoire ennemi, de telle sorte que l'occupation du belligérant, au moyen de ses forces maritimes, se substitue alors à celle de l'ennemi, de la même manière que lorsqu'il occupe avec ses armées la partie terrestre de ce territoire.

290. La question du droit de blocus n'est donc pas une question de *neutralité*, puisqu'elle ne doit ni ne peut se résoudre par les principes de la neutralité, qui sont ici sans application, mais une question de *souveraineté*, parce que sa solution dépend de la volonté du belligérant, qui, en bloquant une place dont il occupe les approches, peut soumettre aux règles qu'il lui convient d'établir les lieux dont il a la possession de fait (2).

(1) V. Azuni, t, II, p. 98.

(2) Ortolan, t. II, p. 291; Hautefeuille, t. II, § 291. Cauchy, t. II, p. 419 et suiv.; Morin, t. II, p. 114. — Suivant Heffter ou M. Bergson, son annotateur § 144, note 2, il ne saurait être question d'une souveraineté sur une mer libre; comme si la mer littorale était libre. Au surplus, Heffter contredit dans le texte de son paragraphe la critique contenue dans la note, puisqu'il donne pour fondement au droit de blocus la juridiction exercée par les belligérants sur le territoire ou la mer territoriale par lui occupés et possédés. Or, qu'est-ce que c'est que cette juridiction, sinon l'exercice d'une souveraineté momentanée?

291. Il suit de là qu'un blocus n'est efficace qu'autant qu'il est réel; c'est-à-dire, qu'il doit être appuyé de forces suffisantes pour occuper réellement tous les passages défendus, et que, tant que le blocus dure, les vaisseaux doivent rester en permanence dans les eaux qu'ils ont mission d'occuper, puisque le droit d'interdire les communications repose sur la possession et la souveraineté, qui elles-mêmes reposent sur l'occupation (1).

292. C'est pourquoi, tant que le blocus est réel, les belligérants peuvent empêcher toute communication avec la place assiégée ou bloquée, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les communications purement pacifiques et celles qui auraient un but hostile, parce qu'ils peuvent établir telle règle qu'il leur convient dans les endroits soumis à leur autorité et à leur souveraineté momentanées (2).

293. Le droit de blocus ainsi déterminé peut, dans mon opinion, s'appliquer non-seulement aux places et aux ports fortifiés, mais encore aux villes et aux ports de commerce non fortifiés. Il est manifeste en effet que le belligérant qui attaque son ennemi peut l'attaquer sur tel point qu'il juge convenable, chercher à prendre les villes non fortifiées, et que, lorsqu'un port de commerce est réellement bloqué, les neutres, qui n'ont aucune qualité pour contester le droit du belligérant et lui tracer le plan de ses opérations militaires, ne peuvent, pas plus que l'ennemi, voir l'abus d'un droit dans ce qui n'en est que l'exercice légitime. On oppose que

(1) Ortolan, t. II, p. 323; Hautefeuille, t. II, p. 203; Heffter, § 154; Cauchy, t. II, p. 261 et suiv.; Pistoye et Duverdy, t. I, p. 366 et suiv.; Bluntschli, § 828; Calvo, t. II, § 1147 et suiv.; Phillimore, t. III, § 293.

(2) Voy. Bynkershoëck, *Quæst. jur. publ.*, lib. I, cap. x; Heineccius, *De jure princ. circa comm. libert.*, § 12. V. aussi Wheaton, IVe part., ch. III, § 28; Ortolan, t. II, p. 330; Phillimore, t. III, § 287; Calvo, t. II, § 1140. — Hubner n'est pas très-clair sur ce point, comme sur beaucoup d'autres. Après avoir posé en règle (part. I, ch. II, § 9), que les neutres doivent s'abstenir de toute communication avec les ports bloqués, et que tout commerce avec ces endroits leur est interdit, il ajoute (part I, ch. v, § 2) que les belligérants ont le droit de saisir ou de repousser par la force les bâtiments neutres chargés de contrebande qui cherchent à s'introduire dans une place bloquée. Pourquoi cette limitation? Il n'est pas besoin de blocus pour que la contrebande de guerre puisse être repoussée ou saisie.

l'objet du blocus est de faire la guerre et non de troubler le commerce des neutres ; et que s'il était permis aux belligérants de bloquer un port de commerce non fortifié, *où n'habite pas l'ennemi*, il en résulterait des blocus qui n'auraient d'autre but que d'empêcher le commerce des neutres avec les sujets de l'ennemi, et de soumettre au droit de la guerre des propriétés privées qui doivent toujours en être affranchies (1). Sans doute, il peut arriver que le droit de blocus appliqué aux ports non fortifiés ni défendus entraîne avec lui quelques abus; mais ce n'est pas une raison pour qu'il ne puisse être exercé. Le commerce pacifique et impartial des neutres n'est pas exempt d'abus et peut aussi causer indirectement de graves préjudices aux belligérants; cependant ce n'est pas une raison pour que les neutres doivent s'en abstenir et que les belligérants puissent le leur interdire. De même, si l'exercice des droits des belligérants cause indirectement quelque dommage aux neutres, ceux-ci doivent s'y résigner et respecter le droit des autres, pour qu'on respecte le leur. Il peut être de l'intérêt des belligérants, pour appuyer leurs opérations militaires, et assurer la réussite d'un plan de campagne dont ils ne doivent compte à personne, de bloquer une ville maritime non fortifiée; et ils sont dès lors en droit de le faire, parce qu'ils attaquent seulement la propriété et le territoire de l'ennemi; et que le dommage qu'ils causent accidentellement aux propriétés particulières n'est pas plus un motif de les empêcher d'agir dans ce cas, qu'il n'est un motif de leur refuser le droit de bombarder une place forte et d'incendier accidentellement les propriétés particulières qui sont dans son enceinte. Si un belligérant ne pouvait bloquer un *port non fortifié*, les puissances qui, par l'infériorité de leurs forces navales, seraient exposées à des attaques de ce genre, n'auraient qu'à raser leurs côtes et détruire toutes leurs fortifications pour rendre nulle toute espèce de blocus maritime (2) : conséquence absurde, mais inévitable, qui prouve la fausseté du principe d'après lequel

(1) Lucchesi-Palli, p. 180 et suiv.
(2) Gentz, *Mém.*, p. 432.

on ne permettrait de bloquer que les ports fortifiés (1). D'ailleurs, le danger des abus du blocus appliqué aux ports de commerce et non fortifiés, est notablement diminué par la nécessité de la réalité du blocus, qui ne permet aux belligérants, quelle que soit leur puissance navale, que de bloquer les points devant lesquels la présence de leurs vaisseaux est réellement commandée par les besoins de l'attaque ou de la défense.

294. Par les mêmes raisons, on peut bloquer tout autre point qu'une ville ou un port fortifiés ou non fortifiés, par exemple l'embouchure d'une rivière. Les belligérants peuvent avoir intérêt à s'emparer de cette embouchure, et, lorsqu'ils y sont établis avec des forces navales permanentes et suffisantes pour l'occuper, les neutres sont sans aucun motif plausible pour leur en contester le droit (2).

295. Les belligérants pourraient aussi bloquer un détroit : même raison de décider, même décision. Cependant il y a quelques remarques à faire qui s'appliquent au blocus d'une rivière et au blocus d'un détroit (3).

296. Les belligérants peuvent bloquer l'embouchure d'une rivière ou un détroit, parce qu'ils ont le droit de s'emparer du territoire terrestre ou maritime de l'ennemi sans que les neutres soient recevables à contrôler l'exercice de ce droit de conquête. Mais lorsqu'ils s'emparent d'une propriété ennemie, ils se mettent au lieu et place de l'ennemi, et sont dès lors tenus, quant à cette propriété, des mêmes obligations que l'ennemi. Si donc les neutres ont sur le lieu occupé un droit de copropriété ou de servitude, l'occupant est obligé de respecter ce droit, parce que son droit de conquête ne va pas jusqu'à s'emparer des propriétés neutres. Il suit de là que si, soit par la disposition des lieux, soit par les stipulations des traités, les neutres ont un droit de passage par l'embouchure de la rivière ou par le détroit, le belligérant ne peut, en bloquant la rivière ou le détroit, en fermer l'accès aux neutres. Il suit de

(1) Ortolan, t. II, p. 293 ; Hautefeuille, t. II, p. 211 ; Cauchy, t. II, p. 423 et suiv. ; Calvo, t. II, § 1161 et suiv.

(2) Hautefeuille, *ibid.* ; Ortolan, *ibid.* ; Calvo, t. II, § 1163.

(3) Mêmes autorités.

là encore que si la rivière ou le détroit conduisent à des pays avec lesquels les belligérants ne sont pas en guerre, ils ne peuvent en interdire le passage au préjudice de ces pays. Il en résulte enfin que si les deux rivages de la rivière ou du détroit n'appartiennent pas à l'ennemi, le belligérant ne peut les bloquer efficacement, puisque, s'il peut empêcher la passage du côté de l'ennemi, il est tenu de le laisser libre de l'autre côté. On voit par là que, si le blocus d'un détroit est légitime en lui-même, il est presque impossible, en application, de l'établir d'une manière efficace (1).

297. Il reste à examiner la question de savoir si on peut bloquer, non plus seulement un point précis, tel qu'une ville, un port, l'embouchure d'une rivière, mais toute une étendue de côtes ennemies.

J'avoue que, en supposant ce blocus établi d'une manière exacte et réelle, je ne vois aucune raison de refuser aux belligérants le droit de l'établir. Celui qui a le droit de bloquer un port, a le droit d'en bloquer vingt, si le besoin de l'attaque ou de la défense rend l'emploi de ce moyen nécessaire, parce qu'on ne peut pas plus limiter le droit d'occupation temporaire exercé par les belligérants contre leur ennemi, qu'on ne peut limiter le droit de conquête.

Mais ce blocus, pour être efficace, doit être tout aussi réel que celui d'un seul port ; c'est-à-dire que tout le rivage bloqué doit être réellement occupé par des forces maritimes permanentes, et occupant à la fois tous les points défendus, de manière qu'il y ait en même temps et sur tous les points impossibilité de passer sans danger d'être pris (2).

298. Ce n'est pas ainsi qu'en 1806 l'Angleterre entendait le droit de blocus. Bien qu'elle semblât admettre le principe de la réalité du blocus, elle en dénaturait singulièrement les conséquences. « La Grande-Bretagne, disait M. Foster, ambassadeur anglais aux États Unis, dans une de ses dépêches à

(1) Hautefeuille, t. II, p. 208.

(2) Id., *ibid.*, § 208 ; Ortolan, t. II, p. 332; Cauchy, t. II, p. 424 et suiv.; Calvo, t. II, § 1164. La déclaration du Congrès de Paris du 16 avril 1856 ne fait à cet égard aucune distinction, et ne limite le droit de blocus que sous le rapport de la réalité.

M. Monroë, président de cette république, n'a jamais contesté que, suivant les usages du droit des gens, tout blocus, pour pouvoir être justifié, doit être appuyé de forces suffisantes, et mettre en danger tout navire qui tenterait d'échapper à ses effets. Ce fut d'après ce principe reconnu que le blocus de 1806 ne fut notifié par M. Fox, alors secrétaire d'État, qu'après qu'il se fut convaincu, par un rapport du bureau de l'amirauté, que l'amirauté avait et emploierait tous les moyens de garder la côte depuis Brest jusqu'à l'Elbe, et de mettre réellement ce blocus à exécution. Le blocus du mois de mai 1806 était donc juste et légitime, dès son origine, puisqu'il était appuyé, tant dans l'intention qu'en effet, par des forces navales suffisantes. » A quoi M. de Gentz, qui rapporte ce passage dans ses *Mémoires* (1), ajoute « qu'il n'y a rien de plus déplacé que d'appeler une opération pareille blocus sur le papier. Si, dit-il, les blocus déclarés et exécutés par le gouvernement anglais n'avaient été que cela, il est probable que les injures que lui ont adressées ses ennemis et quelques neutres qui avaient adopté leur langage, auraient été bien moins violentes. »

Dans ce système, il suffirait, pour la réalité du blocus d'une côte, ainsi que le reconnaît encore M. de Gentz (2), que la déclaration en fût appuyée de forces considérables, sans qu'il fût nécessaire que ces forces fussent telles qu'il y ait un danger réel d'entrer dans chaque port de la côte bloquée.

299. Ce système n'est pas nouveau. Déjà les Hollandais l'avaient mis en pratique par un édit du 26 juin 1630, en déclarant en état de blocus toutes les côtes et rivières de la Flandre (3). L'Angleterre l'a perfectionné en l'appliquant sur une plus grande échelle: mais il est évident que l'envoi de croiseurs dans les mers voisines d'une côte, alors qu'il n'y a aucunes forces permanentes à portée des côtes comprises dans

(1) Page 430 et suiv.

(2) *Ibid*, p. 373.

(3) *Idem*, dit Bynkershoëck, *plane jam olim tempore nascentis reipublicæ sancitum fuerat. Ex edicto ordinum Hollandiæ* 27 *jul.* 1584, *exteri non hostes ad portus Flandriæ commeantes navium merciumque publicatione puniuntur.* (*Quæst. jur. publ.*, lib. I, cap. II.)

la déclaration de blocus, ne peut constituer qu'un blocus sur le papier : parce que, ne reposant pas sur une occupation complète des mers voisines, ce blocus n'aurait aucune réalité, et que les belligérants qui le déclareraient ne pourraient lui donner aucune efficacité légitime dès qu'ils n'auraient aucune juridiction sur des lieux qu'ils ne posséderaient pas actuellement.

300. On voit, par ce qui précède, que le danger d'un blocus indéfini trouve son préservatif dans la *réalité* du blocus qui en est la condition première, et qu'en se rattachant à ce principe, le blocus cesse d'être un prétexte d'entraver le commerce des neutres, et reste ce qu'il aurait toujours dû être, un moyen légitime d'attaque et de défense.

301. Le blocus commence quand il est réellement appuyé de forces suffisantes ; il cesse quand ces forces ne l'appuient plus : en d'autres termes, la réalité du blocus est la condition unique de son existence.

Mais, pour qu'il soit obligatoire, il faut qu'il soit connu. De là, l'usage d'une notification diplomatique qui en fait officiellement connaître l'existence ; et d'une notification spéciale adressée à chaque navire au moment où il se présente sur les lieux occupés par les forces bloquantes, et qui lui en donne une connaissance de fait destinée à suppléer à l'insuffisance d'une connaissance de droit.

Toutefois de ces deux notifications, la seconde seule me paraît absolument nécessaire pour mettre le navire en demeure de respecter le blocus dont il peut ignorer l'existence, et dont il a intérêt à venir vérifier la réalité. Quant à la première, c'est une simple formalité diplomatique, dont l'accomplissement n'est pas toujours possible et par conséquent ne saurait être de rigueur, et dont l'omission ne pourrait dès lors être opposée par le neutre auquel une notification spéciale a fait connaître l'existence et la réalité du blocus (1).

(1) La notification spéciale est exigée par la pratique française. Voy. la lettre écrite, le 20 octobre 1838, par M. Molé, alors ministre des affaires étrangères, au ministre de la marine, rapportée par Ortolan, t. II, p. 304. — Voy. aussi les traités conclus par la France, en 1826, avec le Brésil ; en 1834, avec la Bolivie ; en 1839, avec le Texas ; en 1843, avec la république du Venezuela et la république de l'Équateur ; en 1844, avec la Nouvelle-Grenade.

Il est à remarquer du reste qu'aucune notification n'est nécessaire pour faire cesser l'état de blocus; il cesse de droit quand il est levé de fait (1).

302. Tout navire qui viole le blocus qui lui a été notifié peut être saisi, soit qu'il entre, soit qu'il sorte des lieux bloqués (2).

Il peut même être saisi sans notification préalable quand il tente de traverser la ligne de blocus, par force ou par ruse, en refusant de répondre aux signaux qui lui sont faits (3).

Il peut encore être saisi sans notification préalable quand il sort d'un port bloqué, parce qu'alors il ne peut ignorer l'existence du blocus (4).

303. On doit distinguer d'ailleurs, en ce qui touche les conséquences de la saisie, entre les bâtiments qui entrent et les bâtiments qui sortent pendant le blocus.

Les bâtiments qui entrent sont soumis à toutes les peines qu'il convient au belligérant de leur infliger en vertu de la juridiction qu'il exerce sur les eaux soumises au blocus. Le belligérant peut donc confisquer le navire et la cargaison.

Il en est de même des bâtiments qui entrés depuis le blocus en violation du blocus se présentent pour sortir : ils sont complétement assimilables à ceux qui violent le blocus pour entrer (5).

Elle est également exigée par la jurisprudence du Conseil d'État. Voy. 25 mars 1848, S., 48,2,411 et 17 juill. 1850, S. 58,2,95. — Voy. aussi, sur la nécessité de la double notification, Heffter, § 154 et suiv.; Ortolan, t. II, p. 298 et suiv. ; Hautefeuille, t. II, p. 222 et suiv. ; Bluntschli, § 83 et suiv. ; Cauchy, t. II, p. 421 ; Pistoye et Duverdy, t. I, p. 369, et s. ; Fiore, t. II, p. 451 et suiv. ; Morin, t. II, p. 12?; Calvo, t. II, § 149 et s.

(1) Hautefeuille, t. II, p. 213 et s. ; Pistoye et Duverdy, t. I, p. 378 ; Fiore t. II, p. 456 et suiv. ; Philimore, t. III, § 294 ; Calvo, t. II, § 1166 et suiv. V. cependant Bluntschli, § 834.

(2) V. sur la violation du blocus, Hautefeuille, t. II, p. 234 et suiv. ; Pistoye et Duverdy, t. I, p. 365 et s. ; Wheaton, part. IV, ch. III, § 28 ; Fiore, t. II, p. 453 et suiv. ; Cauchy t. II, p. 214 et s. ; Calvo, t. II, p. 559.

(3) Hautefeuille, t. II, p. 286.

(4) Hautefeuille, *ibid.* Cependant. dans ce dernier cas, la pratique et la jurisprudence françaises semblent exiger une notification. Voy. les arrêts du Conseil précités, du 17 juill. 1850. S., *ibid.*

(5) Voy. les arrêts du Conseil précités, du 17 avril 1850.

Quant aux bâtiments qui entrés avant le blocus veulent ensuite sortir, le belligérant qui ne peut avoir à leur égard plus de droits que le souverain local dont il a pris la place, ne peut les empêcher de partir ; il ne peut même les empêcher d'emporter le chargement complété avant le blocus ; mais il peut, comme l'aurait pu le souverain local, les empêcher de faire leur chargement, même avec des marchandises achetées avant le blocus, et les contraindre à partir sur lest. Ils ne s'exposent donc à être confisqués que lorsqu'ils sortent avec un chargement postérieur à l'état de blocus malgré la défense qui leur en est faite (1).

304. Pendant la longue paix qui a suivi les guerres du premier empire, quelques puissances ont établi des blocus *pacifiques*, c'est-à-dire des blocus qui n'étaient pas précédés d'une déclaration de guerre contre l'État auquel appartenaient les lieux bloqués. Il me semble que quelque nom qu'on donne à un blocus, il n'en est pas moins un fait de guerre, et que par lui-même il constitue, entre le bloquant et le bloqué, un état de guerre qui, quoique non déclaré, et quoique restreint à certains actes d'hostilité, n'en est pas moins réel. Il ne saurait donc y avoir à proprement parler de blocus pacifique (2).

Si le blocus improprement appelé pacifique est un fait hostile, qui établit un état de guerre effectif entre le bloquant et le bloqué, il doit avoir toutes les conséquences d'un blocus ordinaire; et les neutres qui ne peuvent se rendre juges du droit de la puissance qui bloque de traiter la puissance bloquée en ennemie, sont bien obligées de se soumettre à un état de choses qu'il ne dépend pas d'elle d'empêcher (3).

§ V. — *Du droit de visite.*

Sommaire. — 305. Nécessité de vérifier la neutralité des bâtiments portant pavillon neutre. — 306. Fondement du droit de visite. — 307. Le droit de visite n'a lieu qu'en temps de guerre ; jamais en temps de paix. —

(1) Heffter, § 156, Hautefeuille, t. II, p. 214 ; Calvo, t. II, § 1782.

(2) Hautefeuille, t. II, p. 272 et suiv. ; Pistoye et Duverdy, t. I, p. 376 et suiv. — Voy. cependant un arrêt du Conseil d'Etat, du 25 mars 1848. S., 48, 2, 411 et 511.

(3) Heffter, § 3 ; Cauchy, t. II, p. 426 et suiv. — V. cep. Hautefeuille, t. II, p. 276 ; et Pistoye et Duverdy, t. I, p. 377.

305. Le droit des neutres de continuer en temps de guerre tout commerce impartial et pacifique, et le droit corrélatif des belligérants de s'opposer à tout commerce partial et non pacifique, en s'emparant suivant certaines conditions des marchandises qui ont à un degré plus ou moins éminent le caractère de contrebande, supposent, pour leur exercice, que la neutralité des bâtiments employés au commerce et la nature de la cargaison sont préalablement constatées.

Si le pavillon prouvait toujours par lui-même la nationalité, et si les bâtiments neutres ne compromettaient jamais leur neutralité dans un commerce hostile, la vue seule du pavillon neutre arboré sur un bâtiment suffirait, sans recherches ultérieures, pour assurer la liberté du bâtiment et de sa cargaison. Mais il n'en saurait être ainsi. D'une part, les bâtiments ennemis usant d'un stratagème que le droit de défense autorise, cherchent souvent à déguiser leur hostilité en naviguant sous pavillon neutre ou ami ; d'où il suit que, par voie de réciprocité, les belligérants ont le droit de vérifier si celui qui arbore un pavillon neutre n'est pas un ennemi déguisé. Autrement il faudrait leur reconnaître le droit d'attaquer tous les bâtiments qu'ils rencontrent, de peur de laisser échapper un

ennemi sous l'apparence d'un neutre ; ou leur imposer l'obligation de n'en attaquer aucun, de peur de confondre les neutres avec les ennemis : alternative qui compromettrait à la fois tous les droits et tous les intérêts. D'une autre part, il peut arriver que les bâtiments, neutres de nation, prennent une part plus ou moins active à la guerre, en transportant à l'ennemi des armes, des munitions et autres objets de contrebande ; d'où il suit encore que le droit de défense autorise les belligérants à vérifier non-seulement si le navire est une propriété neutre, mais encore si la cargaison n'a pas un caractère hostile.

306. Les belligérants ont donc le droit de visiter les bâtiments qu'ils rencontrent en mer, c'est-à-dire, de faire à bord de ces bâtiments l'examen des preuves qui établissent leur nationalité et la nature de leur cargaison, puisque cette visite est le seul moyen qu'ils puissent avoir de veiller à leur conservation, et d'empêcher un commerce illicite : et de leur côté les neutres sont tenus de souffrir cette visite dont le résultat doit être, en constatant leur neutralité, d'assurer leur indépendance, ou, si leur cargaison est hostile, de les empêcher de faire une chose qu'ils savaient n'avoir pas le droit de faire (1).

307. Il suit de là que le droit de visite, étant fondé sur le droit de légitime défense et de propre conservation, n'a lieu qu'en temps de guerre, parce que c'est alors seulement que la défense est nécessaire. En temps de paix, où il n'y a pas d'ennemis à craindre, il n'y a pas de nationalité à reconnaître et à vérifier. En temps de paix, où il n'y a plus ni commerce hostile, ni contrebande de guerre, ni neutralité, il n'y a plus à rechercher quelle est la nature de la cargaison. Il est bien vrai que les bâtiments qui naviguent vers un pays peuvent

(1) Vattel, liv. III, ch. VII, § 114 ; Hubner, part. II, ch. III ; Azuni, t. II, p. 257 et suiv. ; Martens, *Des armateurs*, § 21 ; Lampredi, § 12 ; Galliani, p. 459 ; Rayneval, p. 259 ; Lucchesi-Palli, p. 52 ; Ortolan, t. II, p. 202 et suiv. ; Hautefeuille, t. III, p. 2 et suiv. ; Heffter, § 167 et suiv. ; Kluber § 293 ; Bluntschli, § 819 et s. ; Fiore, t. II, p. 464 ; Morin, t. II, p. 352 et suiv. ; Calvo, t. II, §§ 1208, 1227 et suiv. — V. Cependant Phillimore, t. III, § 326.

être chargés de *contrebande marchande*, c'est-à-dire d'objets prohibés par les lois de douanes de ce pays. Mais ce n'est pas une raison pour en autoriser la visite en pleine mer. « La contrebande marchande, dit M. de Rayneval (1), ne touche qu'à l'industrie et non à la conservation; or, la seule industrie, ou, si l'on aime mieux, une augmentation de richesses ne saurait être une raison suffisante pour détruire la liberté de la pleine mer, parce que chaque nation a un droit égal de promouvoir à sa prospérité, et en le faisant elle ne marque pas de préférence à une nation au préjudice de l'autre. » La contrebande marchande n'est une cause de confiscation que lorsqu'il y a tentative faite pour l'introduire; or, tant qu'un bâtiment est en pleine mer, il ne peut être considéré comme coupable de tentative de contrebande à l'égard du pays même vers lequel il se dirige, puisqu'il n'est pas encore à portée de tenter ou de faire cette introduction. On ne peut donc pas confisquer un bâtiment ou sa cargaison trouvés en pleine mer pour un fait de contrebande qui ne s'est pas encore manifesté. Cela est si vrai que, même en temps de guerre, lorsque la visite a lieu, les belligérants n'ont jamais prétendu avoir le droit de confisquer la contrebande marchande avec la contrebande de guerre (2). A quoi bon dès lors un droit de visite qui n'aboutirait ni à la saisie du bâtiment ni à celle de la cargaison, qu'on ne pourrait traiter ni comme coupables d'une fraude qu'ils n'ont pas commise, ni comme ennemis en temps de paix (3)? On conçoit que toutes les nations aient le droit de soumettre à la visite les bâtiments de commerce qui se trouvent dans leurs mers territoriales ou littorales, parce qu'elles ont le droit de soumettre à telles conditions de police et de sûreté qu'il leur convient d'établir les bâtiments qui se présentent pour aborder sur leurs côtes, dès qu'ils entrent dans une par-

(1) *Notes*, p. CXX, n. 26.

(2) Voy. *ibid.*

(3) *Semper insurgit indubitata propositio*, dit Ansaldus, *De comm. et mercat.*, disc. 9, n. 4 et suiv., *quod ad effectum, ut mobilia et merces deprædari potuerint (visitantes), requiritur quod deprædati existant hostes publici, quodque adversus eosdem bellum fuerit indictum... Deprædatio cessante bello publico et justâ causâ interdicitur.*

tie de la mer qui est réputée faire partie de leur territoire et sur laquelle elles ont juridiction. Mais en pleine mer où aucune nation ne peut exercer de juridiction, ni, en temps de paix, se prévaloir des nécessités de la défense et de la conservation, la visite ne pourrait être que l'exercice d'un droit de suprématie ou de prépotence que rien ne justifierait, et qui serait contraire au grand principe de la liberté des mers (1).

Ce qui ne saurait être autorisé dans un intérêt purement commercial et matériel, ne peut l'être davantage sous prétexte de servir les intérêts moraux et intellectuels de l'espèce humaine, par exemple pour empêcher un commerce contraire au droit naturel, tel que la traite des nègres (2). Quel que soit le but de la visite en temps de paix, c'est toujours un acte de police qui ne peut être exercé par une nation sur une autre nation, puisque cet acte impliquerait de la part du visitant une souveraineté incompatible avec l'indépendance réciproque des peuples (3).

308. Il y a plus : ce ne serait pas sans inconvénient que deux nations s'accorderaient par des conventions spéciales le droit réciproque de visite en temps de paix. L'appréciation de l'utilité des conventions de cette nature est sans doute du ressort de la politique. Mais il n'est pas douteux non plus que de pareilles conventions impliquant un abandon de la souveraineté qui de son essence est incessible et inaliénable, les deux peuples qui se sont mutuellement départis de leurs droits ne peuvent en avoir fait qu'un abandon temporaire, qu'aucun laps de temps ne saurait rendre définitif (4).

(1) *Quatenus pertinet in quanam lege fondetur prætensum jus visitandi, certè quod in ullâ concludendum est... Quia resistunt huic præeminentiæ notissimæ juris regulæ, cum enim visitatio censeatur et existat de actibus principalioribus jurisdictionis.* (*Ibid.*, n. 10.)

(2) Voy. liv. IV.

(3) Hautefeuille, t. III, p. 93 et suiv. — Voy. cependant Ortolan, t. II, p. 211. — Voy. aussi Lawrence, *Du droit de visite et de recherches*, p. 77 ; Cauchy, t. II, p. 91 ; Heffter, § 167 et suiv. ; Bluntchli, § 819 ; Pistoye et Duverdy, t. I, p. 235 ; Fiore, t. II, p. 464 et suiv. Le traité *Du droit de visite et de recherches*, de M. Lawrence, se trouve à la suite de son édition *Des éléments du droit intern.* de Wheaton.

(4) Hautefeuille, t. III, p. 105.

309. Quelle que soit au surplus la force obligatoire d'un traité de cette nature (1), deux ou plusieurs nations, en stipulant dans un but quelconque un droit de visite réciproque, ne pourraient y assujettir, même sous offre de réciprocité, les nations qui n'y seraient pas parties, et qui en refuseraient les avantages pour ne pas en avoir les charges. Les conventions qui dérogent au droit commun ne peuvent obliger ceux qui y restent étrangers.

310. Le droit de visite, même en temps de guerre, n'a pas toujours été accordé sans contestation (2). Mais il est vrai de dire que les contestations ont porté moins sur le fond du droit que sur la manière dont il devait être exercé. Une chose fort licite en elle-même peut devenir illicite par la manière dont elle est faite; et la visite qui est permise pour constater la nationalité du navire et la nature de la cargaison cesserait de l'être si elle devenait un prétexte de vexations et de pillages. Elle doit donc, dans son exercice, être soumise à des règles telles que son but soit rempli sans être dépassé. Mais ces règles de détail, bien qu'elles prennent leur source dans le droit des gens primitif, quant à leur nécessité et leur nature, dépendent, quant à leur forme et leur application, du droit conventionnel ou arbitraire, à qui seul pouvait appartenir de déterminer le mode d'après lequel aurait lieu la visite.

311. D'après ce droit conventionnel, constaté soit par les traités (3), soit par les usages, soit par la législation particulière et à peu près uniforme de tous les peuples, le belligérant qui

(1) Tels sont les traités des 30 novembre 1831 et 22 mars 1833, entre la France et l'Angleterre, pour la répression de la traite des nègres, qui accordent aux croiseurs de l'une et l'autre nation un droit de visite réciproque sur les bâtiments soupçonnés d'être employés à ce commerce. On sait les discussions auxquelles ont donné lieu ces traités, ainsi que le traité non ratifié du 15 juillet 1842, fait dans le même but.

(2) Après la paix de Vervins, la reine Élisabeth d'Angleterre, continuant la guerre avec l'Espagne, demanda à Henri IV de permettre qu'elle fît visiter les vaisseaux français qui allaient en Espagne, pour savoir s'ils n'y portaient point des munitions de guerre. Mais le roi s'y refusa, par la raison que ce serait une occasion de favoriser le pillage et de troubler le commerce. (Grotius, *Du droit de guerre et de la paix*, liv. III, ch. I, § 5, note 6.)

(3) Voy. l'énumération des traités relatifs au droit de visite, dans Calvo, t. II, § 608, note 2.

rencontre un ou plusieurs navires marchands portant pavillon neutre, doit, s'il veut les visiter, commencer par établir sa qualité. A cet effet, le belligérant doit s'arrêter hors de la portée du canon, et, après avoir arboré son pavillon, l'assurer en tirant un coup de canon à poudre, qu'on appelle coup *de semonce*, et qui a en même temps pour but de sommer les navires de s'arrêter, d'amener leurs voiles et de se soumettre à la visite (1). Dans certains traités, il est dit que le belligérant restera *hors de la portée* du canon; dans d'autres, qu'il restera *à la portée* du canon. L'article 31 du traité de 1787 entre la Russie et la France permet même d'approcher jusqu'à la *demi-portée*. Mais, comme le fait très-bien observer Martens (2), on ne comprend pas le motif de cette exception aux règles généralement suivies, et dont la sagesse n'est pas contestable. Car si le belligérant peut soupçonner le neutre apparent d'être un ennemi déguisé, le neutre, de son côté, peut soupçonner le belligérant d'être un pirate, et serait autorisé à échapper par la fuite au danger qui le menacerait, si le vaisseau qui le somme de se laisser visiter ne s'arrêtait pas à une portée telle que le neutre n'eût rien à en douter. Le pavillon du belligérant ne peut pas être pour le neutre une preuve de sa nationalité, car la loi française, résultant de l'ordonnance du 17 mars 1696, conforme à plusieurs autres ordonnances antérieures, et confirmée tant par une autre ordonnance du 18 juin 1704, que par l'art. 33 du décret du 2 prairial an XI, qui veut que tous bâtiments en course soient tenus d'arborer le pavillon national avant de tirer le coup de semonce, sous peine de dépens, dommages et intérêts, et d'être privés du produit de la prise qu'ils auraient faite, n'est pas généralement suivie par les autres puissances maritimes, notamment par l'Angleterre, de telle sorte qu'il n'y aurait aucune sécu-

(1) Voy. Ortolan, t. II, p. 208. Suivant Hautefeuille, t. III, p. 58, il faudrait deux coups de canon, un coup pour l'assurance du pavillon, et un coup de semonce. Il reconnaît cependant que l'usage est contraire à son opinion.

(2) *Des armateurs*, § 20, note *a*. — Voy. aussi Hautefeuille, t. III, p. 61.

rité pour le neutre qui, en se fiant au pavillon, se laisserait imprudemment approcher (1).

312. Si le navire semoncé ne s'arrête pas et n'amène pas ses voiles, le belligérant a le droit de le poursuivre et de le contraindre par la force à se soumettre à la visite : cela est sans difficulté.

Mais le belligérant peut-il de plus s'emparer du navire, pour le punir de sa désobéissance, alors même que la visite a pour résultat d'en prouver la neutralité ?

Je crois qu'il faut distinguer. Si le navire semoncé ne se borne pas à se soumettre à la visite par la fuite, mais fait résistance et engage ou soutient le combat, il se met en état d'hostilité contre le belligérant, et si celui-ci parvient et à le réduire et à le prendre, il est de bonne prise. Telle est la disposition de l'art. 57 de l'arrêté du 2 prairial an XI : « Tout navire qui refuse d'amener ses voiles après la semonce qui lui a été faite, peut y être contraint : *en cas de résistance et de combat*, il est de bonne prise. » Cet article n'est que la reproduction de l'art. 12 du titre *des Prises* de l'ordonnance de 1681, qui lui-même était copié sur l'art. 65 de l'ordonnance de 1584 (2).

Si, au contraire, le neutre semoncé se borne à fuir, sans opposer d'ailleurs aucune résistance active, sans repousser la force par la force, je ne pense pas qu'il puisse être valablement pris par le belligérant qui, après s'être mis à sa poursuite, est parvenu à l'atteindre. La résistance avec combat est un délit réel dont on peut punir par la confiscation celui qui s'en rend coupable. La fuite n'est pas un délit : c'est l'expression inoffensive de la crainte qu'inspire la présence d'un

(1) Une ordonnance du 23 février 1674 défendait, même aux bâtiments en course, d'avoir à bord plusieurs pavillons, sous peine d'être poursuivis comme voleurs publics ou forbans. Mais on a dû se relâcher d'une règle qui n'était pas suivie par les autres nations, principalement par les Anglais, et se borner à exiger que le coup de semonce fût tiré sous pavillon français, ce qui suffisait à l'observation de la foi publique.

(2) L'ordonnance d'Espagne de 1718, art. 13, contient une disposition semblable. — Voy. aussi l'ordonnance de Suède de 1715, art. 4 et 5 ; le traité entre la France et Hambourg, de 1769, renouvelé en 1789 ; et le traité entre la France et le Mecklembourg, de 1779.

bâtiment armé dont les intentions sont douteuses par cela même qu'elles sont inconnues, et que sa nationalité peut être feinte ou déguisée. Il n'y a donc pas lieu de lui infliger une peine. Les lois que j'ai citées sont conformes à cette distinction, puisqu'elles ne déclarent le navire de bonne prise *qu'en cas de résistance et de combat*. C'est donc à tort que des auteurs décident que dans les deux cas les bâtiments neutres sont de bonne prise (1), tandis que d'autres décident qu'ils ne sont de bonne prise ni dans un cas ni dans l'autre (2). Ces deux opinions extrêmes sont trop absolues; l'une parce qu'elle ne se préoccupe que du droit des belligérants, l'autre parce qu'elle ne se préoccupe que de l'intérêt des neutres, tandis que dans cette question comme dans toutes celles que présente cette matière si compliquée, la véritable solution doit se trouver dans la combinaison de tous les droits et de tous les intérêts (3).

Il faut au surplus remarquer que si l'emploi de la force a causé quelque dommage au navire poursuivi, ce dommage reste à son compte, et qu'il n'a aucune indemnité à demander au belligérant qui, en le poursuivant et en tirant sur lui pour l'arrêter dans sa fuite, n'a fait qu'user de son droit.

312 *bis*. Mais on s'est demandé si la saisie du navire qui a fait résistance et refusé de se laisser visiter entraîne celle de la cargaison ; et on a proposé de distinguer entre le cas où le navire est ennemi, et celui où il est neutre. S'il est ennemi, sa résistance n'affecte pas la propriété neutre chargée à son bord, parce que cette résistance n'est autre chose que l'acte hostile d'une personne hostile et rentre dans la mesure de son droit. Si au contraire, le navire est neutre, il viole le devoir qui lui est imposé de se soumettre à la visite, et la résistance du capitaine entraîne, avec celle du navire, la confiscation de la marchandise neutre confiée à ses soins et qu'il a frauduleusement tenté de soustraire à l'exercice des droits du belligérant (4).

(1) Azuni, t. II, p. 265; § 12, p. 188; Calvo, t. II, § 1217.
(2) Galliani, p. 460.
(3) Hautefeuille, t. III, p. 113.
(4) Wheaton, part. IV, ch. III, § 29 et s.; Ortolan, t. II, p. 257 et s.

Malgré les autorités imposantes que cette distinction a eu sa faveur, il me semble que la cargaison doit suivre le sort du navire : le chargeur est responsable des faits du capitaine dont il est le commettant; et c'est à lui à s'imputer d'avoir mal placé sa confiance (1).

Dans tous les cas il n'y aurait aucune distinction à faire entre le navire et la cargaison si l'un et l'autre étaient la propriété de l'armateur ou du capitaine.

313. Si le navire semoncé obéit et amène ses voiles, le belligérant doit, pour éviter tout désordre, se maintenir hors de la portée du canon, détacher sa chaloupe dans laquelle il fait monter deux ou trois hommes qui se rendent à bord du navire qu'il s'agit de visiter, et qui vérifient par la représentation qui leur est faite des papiers du navire, quelle est sa nationalité et la nature de sa cargaison. Telle est la forme prescrite par le traité du 17 novembre 1559 entre la France et l'Espagne, le premier acte qui ait réglé la forme des visites en mer et dont les dispositions ont été reproduites par tous les traités qui sont intervenus depuis (2). La justification de la propriété neutre ou pacifique se fait par les passe-ports, connaissements, factures et autres pièces de bord (3), dont il est impossible de déterminer soit le nombre, soit la force probante, leur effet et leur nécessité dépendant absolument des circonstances (4).

L'inspection des papiers, et, en cas de soupçon de fraude, un examen de l'apparence extérieure du navire et de son équipage, sont les seuls moyens de vérification que puissent employer les belligérants. Ils ne peuvent ni déplacer, ni ouvrir, ni fouiller les caisses et ballots (5). Il n'en serait autrement que dans le cas où les pièces de bord ne seraient pas complétement régulières ou présenteraient de graves indices de fraude, et ne justifieraient pas de la nature pacifique de la

(1) Cauchy, t. II, p. 223.

(2) Azuni, t. II, p. 263, donne l'indication de tous ces traités.

(3) Règl. 26 juillet 1778, art. 2.

(4) Valin, *Des prises*, p. 55; Azuni, t. II, p. 274; Martens, § 22; Hautefeuille, t. III, p. 73.

(5) Hubner, part. II, chap. III, § 9 et 11.

cargaison. Comme c'est au neutre, qui doit être pourvu de toutes les pièces nécessaires, qu'incombe nécessairement la preuve de la nature de la cargaison, le belligérant peut alors exiger que le capitaine du bâtiment visité complète, par l'ouverture des caisses ou baliots, la preuve qui ne résulte pas suffisamment des pièces qu'il lui a représentées (1).

314. C'est là selon nous le seul cas où puisse être exercé le droit de *recherches* auquel ont prétendu certaines nations, non-seulement en temps de guerre, mais encore en temps de paix, et qui se distingue de la visite proprement dite, en ce qu'au lieu de consister uniquement dans l'examen des papiers du bord, il comporte l'examen matériel de l'intérieur du navire et de sa cargaison (2). Ainsi dans ce cas je crois la recherche parfaitement légitime, puisqu'elle n'est que le complément de la visite rendue insuffisante par la faute du bâtiment visité, et il me semble même que la saisie qu'on a proposé de substituer à la recherche en cas d'insuffisance des pièces de bord, loin de leur être favorable, aggraverait la position des neutres (3).

314 *bis*. La souveraineté dont le pavillon des bâtiments de guerre est la représentation, et le respect qui l'entoure ne permettent pas de mettre en doute l'affirmation qui est faite sous sa garantie. Les bâtiments de guerre ne sont donc pas soumis au droit de visite. Lorsque deux bâtiments de guerre qui d'ailleurs ne peuvent faire aucun commerce se rencontrent en pleine mer, celui des deux qui veut savoir à quelle nation l'autre appartient, hisse son pavillon en l'assurant par un coup de canon à poudre ; le navire interrogé répond de la même manière ; et de cette manœuvre réciproque résulte pour l'un et pour l'autre la preuve de leur nationalité respective (4).

(1) Martens, § 22, n. 4. — Voy. aussi *inf.*, sect. III, § 3.

(2) Kluber, *Droit des gens moderne*, § 274 ; Heffter, § 169. — V. cependant Calvo, t. II, § 1214.

(3) Hautefeuille, t. III, p. 201 et suiv., est le seul auteur qui, à ma connaissance, ait proposé de substituer la saisie à la recherche.

(4) Hautefeuille, t. III, p. 7 et suiv. ; Heffter, § 168 ; Phillimore, t. III, § 334 ; Calvo, t. II, § 1315.

315. Mais une question fort grave est celle de savoir si la visite peut être exercée à l'égard des bâtiments neutres qui naviguent en convoi sous l'escorte d'un ou de plusieurs vaisseaux de guerre de la nation dont ils portent le pavillon ; en d'autres termes si l'immunité des vaisseaux de guerre, qui, ne sauraient être soumis à aucune visite, s'étend aux bâtiments de commerce qui marchent sous leur escorte.

316. Cette question a été agitée pour la première fois entre la Hollande et la Suède en 1742 ; ensuite entre la Hollande et l'Angleterre en 1762, sans avoir alors reçu aucune solution. Elle se représenta dans la guerre de l'indépendance américaine, et fut un des motifs qui déterminèrent la neutralité armée de 1780 ; cependant elle fut passée sous silence, soit dans les déclarations qui précédèrent les traités conclus entre les puissances qui accédèrent aux principes de la neutralité armée, soit dans ces mêmes traités. Seulement, dans les traités qui intervinrent à la paix, entre la France et la Russie, le 11 janvier 1787, et entre la Russie et les Deux-Siciles, le 17 janvier même année, il fut stipulé qu'en cas que les navires marchands fussent escortés par un ou plusieurs vaisseaux de guerre, la simple déclaration de l'officier commandant l'escorte, que ces navires n'ont à bord aucune contrebande de guerre, suffirait pour qu'aucune visite n'eût lieu. L'art. 13 du règlement de la Russie, du 31 décembre 1787, contient une disposition semblable.

317. Dans les guerres de la révolution, le Danemark, pour soustraire ses bâtiments de commerce aux visites vexatoires de l'Angleterre, prit, en 1798, le parti de les faire escorter par des vaisseaux de guerre. La Grande-Bretagne prétendit alors que l'escorte n'empêchait pas la visite, et des collisions allaient voir lieu, lorsque la diplomatie s'empara de la question. M. Merry, chargé d'affaires de la Grande-Bretagne près la cour de Copenhague, soutint, dans une note remise le 10 avril 1800 au gouvernement danois, que « le droit de visiter et d'examiner les navires de commerce en pleine mer, de quelque nation qu'ils soient, et quelles que soient leur cargaison et leur destination, était regardé par le gouvernement

britannique comme incontestable à toutes les nations en guerre ; que ce droit, fondé sur celui des gens, était généralement admis et reconnu ; et qu'il s'ensuivait que la résistance qu'opposait à la visite le commandant d'un navire de guerre d'une nation amie, devait être regardée comme un acte d'hostilité. »

M. de Bernstorf, ministre du Danemark, répondit à ces prétentions. Sa réponse aurait eu plus de force, s'il n'avait pas commencé par faire dépendre la difficulté d'un principe erroné, et qui en définitive ne pouvait exercer aucune influence sur la question. Suivant lui, le droit de visite n'était pas naturel, mais purement conventionnel ; d'où il concluait que les puissances maritimes indépendantes n'ayant jamais accordé et reconnu le droit de faire visiter les navires de commerce qui sont escortés par des vaisseaux de guerre neutres, on ne pouvait, sans commettre une injustice et un acte de violence, étendre la stipulation au delà de ce qui avait été convenu et accordé. — C'était une erreur que de prétendre que la visite n'est pas de droit naturel : la défense est de droit naturel et la visite est un moyen de défense. Ce qu'il fallait seulement établir, c'est que la visite des bâtiments convoyés n'est pas nécessaire à l'exercice du droit de défense. Sur ce dernier point, auquel il aurait dû se borner, M. de Bernstorf est très-explicite. « La distinction des navires convoyés ou non convoyés, dit-il, est juste et naturelle, puisque les premiers ne peuvent pas être dans la même catégorie où se trouvent les seconds. Les visites qui s'exerçent par les vaisseaux de guerre des puissances belligérantes à l'égard des bâtiments neutres qui naviguent sans convoi, sont fondées sur le droit de reconnaître le pavillon et d'examiner les papiers. Il ne s'agit que de constater leur neutralité et la régularité de leurs expéditions. Si les papiers sont en règle, aucune visite postérieure ne peut avoir lieu légalement. C'est donc l'autorité qui a délivré les papiers dans la forme voulue qui a procuré aux puissances belligérantes la sûreté qu'on réclame. Le gouvernement neutre, en faisant convoyer par des vaisseaux de guerre les navires de commerce appartenant à des particuliers, n'of-

fre-t-il pas une garantie plus grande et plus positive aux nations belligérantes que celles des simples documents dont sont pourvus les bâtiments ? Ne serait-il pas déshonorant d'autoriser des soupçons et des doutes qui sont également injustes de la part de celui qui les forme? — Si l'on voulait, ajoute-t-il, faire prévaloir le principe que le convoi qu'accorde un gouvernement n'exempte pas les navires du commerce de la fâcheuse visite des vaisseaux de guerre, il en résulterait cette absurdité, qu'une escadre formidable n'aurait pas le droit de soustraire les bâtiments confiés à sa protection à la visite du plus mince corsaire patenté. »

Au milieu de ces négociations, une escadre de six vaisseaux anglais rencontra dans la Manche plusieurs bâtiments de commerce sous l'escorte d'une frégate danoise. Le commandant de l'escadre voulut les visiter; la frégate s'y opposa, et après un combat dans lequel elle devait succomber sous des forces si supérieures, les bâtiments furent capturés, visités, et quoiqu'on n'y eût trouvé aucune marchandise de contrebande, conduits avec la frégate dans les ports d'Angleterre. En même temps, le gouvernement anglais, prenant prétexte de cette noble résistance, envoya seize vaisseaux de guerre dans le Sund, qui imposèrent au Danemark une convention, en date du 29 août 1800, par laquelle, sans résoudre la question de visite des bâtiments convoyés, il fut arrêté que le gouvernement danois ne ferait plus escorter les bâtiments de commerce.

318. Cette concession, arrachée par la force, fut impatiemment supportée par le Danemark, qui chercha à intéresser la Russie à l'offense qu'il avait reçue. C'est alors qu'une nouvelle neutralité armée fut sur le point de se former pour le maintien des principes formulés en 1780, et de plus, pour le maintien du droit d'exempter les bâtiments de commerce de la visite, en les faisant escorter par des bâtiments de guerre. L'art. 3 d'une convention préliminaire conclue à Saint-Pétersbourg le 20 décembre 1800, entre le roi de Danemark et l'empereur de Russie, portait en conséquence que « la déclaration de l'officier commandant les vaisseaux de guerre qui

accompagneront les bâtiments marchands, que son convoi n'a à bord aucune marchandise de contrebande, doit suffire pour qu'il n'y ait lieu à aucune visite; et que les capitaines des vaisseaux de guerre recevraient les ordres les plus sévères pour empêcher le trafic des objets de contrebande. »

319. J'ai déjà eu l'occasion de dire comment la mort de Paul Ier, et les efforts de l'Angleterre, rompirent cette nouvelle alliance des souverains du Nord et y substitua un traité entre la Russie et le gouvernement britannique, auquel furent contraints d'accéder la Suède et le Danemark. Dans ce traité, en date du 17 juin 1801, on ne passa pas sous silence la visite des bâtiments escortés, principal motif des hostilités et des discussions antérieures. Ce traité porte : « Les bâtiments qui naviguent sous le convoi d'un vaisseau de guerre peuvent être visités par les vaisseaux de guerre d'une des puissances belligérantes, mais jamais par les bâtiments d'armateurs ou de sujets de ladite puissance. Les propriétaires des navires marchands destinés à aller sous convoi d'un vaisseau de guerre sont tenus de produire au commandant de ce vaisseau leurs passe-ports et certificats. — Lorsqu'un vaisseau de guerre ayant sous son convoi des navires marchands sera rencontré par un vaisseau de guerre d'une nation belligérante, on se tiendra, autant que possible, hors de la portée du canon, et le commandant du vaisseau de ladite puissance belligérante lui enverrra une chaloupe avec un officier; et il sera procédé de concert à la vérification des papiers et certificats qui doivent constater, d'une part, que le vaisseau de guerre neutre est autorisé à prendre sous son escorte tel navire chargé de telles marchandises et dirigé pour tel port; de l'autre part, que le vaisseau de guerre de la partie belligérante appartient à la flotte de son gouvernement. Cette vérification faite, il n'y aura lieu à aucune visite si les papiers sont reconnus en règle et s'il n'existe aucun motif valable de suspicion. Dans le cas contraire, le commandant du vaisseau de guerre neutre doit arrêter et détenir son convoi pendant le temps nécessaire pour la visite des bâtiments marchands, et il aura la faculté de déléguer un ou plusieurs officiers pour

assister à la visite desdits bâtiments. S'il arrive, après cet examen, que le commandant du vaisseau de la puissance en guerre ait des raisons graves et suffisantes pour détenir les bâtiments de commerce pour procéder à une recherche ultérieure, il notifiera cette intention au commandant du vaisseau de convoi, qui aura la faculté d'ordonner à un officier de rester à bord du navire ainsi détenu, et d'assister au jugement qui aura lieu dans le port le plus proche et le plus convenable appartenant à la puissance belligérante. »

On voit, par l'ensemble de précautions apparentes dont on entourait la visite des bâtiments convoyés, que l'Angleterre, plus sûre de sa force que de son droit, cherchait cependant à colorer ses prétentions d'un vernis de modération, bien qu'en définitive la visite et l'arrêt dépendissent du caprice des commandants de ses vaisseaux qui étaient autorisés à exécuter l'une et l'autre, s'il existait *des motifs valables de suspicion*, ou *des raisons graves et suffisantes*, motifs et raisons dont rien ne déterminait la nature et les éléments, et dont l'appréciation était dès lors abandonnée à leur arbitraire.

Mais cette modération apparente ne fut pas de longue durée ; et dans la guerre qui suivit la rupture de la paix d'Amiens, en 1803, l'Angleterre fit subir aux neutres la loi du plus fort dans l'exercice du droit de visite comme dans l'exercice de tous les droits qu'elle s'était arrogés sur la navigation de ceux qui n'avaient pas pris parti dans les sanglantes querelles qui ébranlaient l'Europe.

Elle est d'ailleurs restée seule de son avis ; car, dans tous les traités conclus depuis 1815 entre les autres puissances de l'ancien et du nouveau monde, il a été convenu que les belligérants ne pourraient visiter les bâtiments neutres convoyés, et qu'ils devraient se contenter de la déclaration de l'officier neutre commandant le convoi (1).

320. En envisageant la question du point de vue du droit des gens naturel et primitif, je n'hésite pas à penser que rien n'autorise les belligérants à visiter les bâtiments neutres qui

(1) Voyez l'indication de ces traités dans Hautefeuille, t. III, p. 145. V. aussi Calvo, t. II, n. 1418.

voyagent sous l'escorte d'un vaisseau de guerre de la même nation. J'ai déjà fait pressentir la raison sur laquelle je fonde mon opinion : c'est le défaut d'intérêt des belligérants. Comme je l'ai fait observer en rapportant la réponse de M. de Bernstorf aux prétentions de l'Angleterre, le droit de visite se fonde sur le droit de défense. Quand rien ne garantit aux belligérants ni la nationalité des bâtiments de commerce qu'ils rencontrent naviguant sous pavillon neutre, ni la nature pacifique de leur cargaison, il faut bien qu'ils puissent les visiter, pour savoir à qui ils ont affaire, pour pouvoir arrêter les bâtiments ennemis, et confisquer les marchandises de contrebande au commerce desquelles les neutres ne peuvent légitimement se livrer. Mais lorsque la neutralité des bâtiments et la nature pacifique de leurs cargaisons sont, antérieurement à toute visite, démontrées aux belligérants par des attestations dont il ne leur est pas permis de mettre en doute la sincérité, la visite est inutile. Or, comme le disait avec grande raison M. de Bernstorf dans la note déjà citée, si quand les papiers d'un bâtiment de commerce visité sont en règle, si quand le passeport prouve sa nationalité neutre, si quand les expéditions prouvent la nature pacifique de sa cargaison, il ne peut être procédé à aucune visite ultérieure, c'est parce que l'autorité de la nation neutre qui a délivré ces papiers, ces passe-ports, ces expéditions dans la forme voulue, procure à la fois au neutre la protection dont il a besoin, et au belligérant la sûreté qu'il réclame; c'est parce que le belligérant a et doit avoir confiance en ces attestations qui émanent d'une puissance en la parole de laquelle, bien qu'absente, il doit ajouter foi. A combien plus forte raison doit-il ajouter foi à la parole du commandant d'un convoi, qui est le représentant exact et réel de la puissance à laquelle appartiennent les bâtiments convoyés. On n'oserait soupçonner les signataires des expéditions d'avoir commis un faux, et on soupçonnerait le commandant des forces navales d'une nation d'être capable de donner une fausse parole. Je ne sais si ce soupçon ne serait pas plus injurieux pour celui qui le concevrait que pour celui qui en serait l'objet. Reconnaissons donc que lorsque des

bâtiments de commerce neutres naviguent sous le convoi de vaisseaux de guerre de leur nation, ils ne sont pas soumis à la visite, si le commandant du convoi certifie au belligérant la nationalité neutre de ces bâtiments et la nature pacifique de leur cargaison. Si au contraire le commandant du convoi refuse de faire ces déclarations, alors il cesse de protéger les bâtiments convoyés, qui deviennent légitimement soumis à la visite (1).

321. Il faut même remarquer que le belligérant doit se contenter de la déclaration verbale du commandant du convoi, et que la parole de ce dernier doit lui suffire : la raison qui fait qu'il ne peut en vérifier l'exactidude par la visite des bâtiments convoyés, empêche également qu'il ne soit fondé à exiger des pièces justificatives d'une déclaration faite sous le sceau de la foi publique.

322. On a objecté en faveur du droit de visite des bâtiments convoyés que la protection armée qu'on leur accorde n'a d'autre objet que de les prémunir contre les vexations et les actes de violence ou de piraterie, et qu'elle ne les dispense pas de la visite, parce que le vaisseau de guerre qui n'en est exempt qu'à raison de ce qu'il n'est pas présumé faire le commerce, ne saurait communiquer la même immunité aux bâtiments qui sont uniquement destinés au commerce (2). Mais cette objection n'envisage qu'un des côtés de la difficulté, et, d'une part, prend son point d'appui dans une supposition qui met en fait ce qui est en question, tandis que, d'autre part, elle fait une question de ce qui n'en est pas une. Il ne s'agit pas, en effet, de savoir si le vaisseau de guerre peut communiquer ses immunités au bâtiment de commerce qu'il convoie ; mais si, lorsque le commandant du vaisseau de guerre a déclaré que les bâtiments convoyés sont neutres et qu'ils n'ont aucune contrebande de guerre, cette déclaration n'équivaut pas une visite, et ne s'oppose pas dès lors à ce qu'une visite effective ait lieu. Et on peut dire alors, en ren-

(1) Hautefeuille, t. III, p. 132 et suiv. ; Ortolan, t. II, p. 228 et suiv. ; Hefter, § 170.

(2) Rayneval, p. 265.

trant dans les termes de l'objection, que la visite à laquelle les belligérants voudraient procéder nonobstant cette déclaration, constitue précisément un des actes de violence ou de vexation contre lesquels l'escorte doit prémunir les bâtiments convoyés. L'objection à laquelle je réponds laisse donc subsister toutes les raisons sur lesquelles repose l'opinion qui affranchit de la visite les bâtiments neutres naviguant sous l'escorte d'un vaisseau de guerre (1).

322 *bis*. Mais tout ce qui précède n'est absolument vrai que pour les navires neutres convoyés sous la protection des bâtiments de guerre de leur nation. Il en est autrement des navires neutres qui font partie d'un convoi ennemi. Ils ne peuvent sans doute être saisis, parce que le fait de se placer sous la protection d'un belligérant ne suffit pas à lui seul pour leur faire perdre leur caractère neutre; mais ils sont soumis à la visite des autres belligérants, d'une part, parce qu'ils ne peuvent être couverts par les bâtiments ennemis qui les escortent, et que, d'autre part, parce que le fait seul de se trouver en compagnie de bâtiments ennemis fait planer sur eux un soupçon de fraude que la visite seule peut faire disparaître (2).

323. Il reste maintenant à examiner en quels lieux on peut procéder à la visite dans les cas où elle est autorisée.

La première question qui se présente est celle de savoir si la visite peut avoir lieu en pleine mer ou seulement dans les parages des belligérants. — Je n'hésite pas à penser qu'elle peut avoir lieu en pleine mer. La liberté de la mer et de la navigation ne saurait être un obstacle au droit de défense des belligérants, dont la visite est l'exercice. C'est précisément parce que les mers sont libres et ouvertes à toutes les nations que les belligérants ont intérêt à surveiller ceux qui les parcourent pour y arrêter leurs ennemis, et empêcher le commerce hostile auquel les neutres voudraient se livrer en se mettant à l'abri derrière une liberté dont ils abuseraient.

(1) Voy. Puffendorf, lettre citée *sup.*, n. 179. — Voy. aussi Hautefeuille, t. III, p. 142, et Cauchy, t. II, p. 223 et suiv.; Ortolan, t. II, p. 271 et suiv.

(2) Ortolan, t. II, p. 278 et suiv. — V. Calvo, t. II, n. 1221 et s.

C'est donc à tort qu'on a prétendu que la visite ne pouvait avoir lieu que dans les parages des belligérants (1). On ne saurait limiter le droit de défense qu'autant qu'il serait possible de limiter l'attaque à laquelle elle a pour but de résister. Et comme l'attaque, ou le fait hostile qui la constitue, peut avoir lieu en pleine mer, il faut que la répression puisse l'atteindre partout où il se manifeste. Qui ne voit d'ailleurs combien sera illusoire un droit de visite qui ne pourrait s'exercer que sur les côtes et dans les parages de l'ennemi, où la contrebande trouverait un appui et un secours naturel qui, à moins d'un blocus exact, rendrait vains les efforts des belligérants pour l'empêcher (2)?

324. Une autre question est de savoir si la visite qui peut avoir lieu en pleine mer, soit sur les côtes et dans les parages de l'ennemi, peut également avoir lieu dans les parages qui appartiennent à une puissance neutre. La négative me paraît indubitable. Les parties de la mer, telles que côtes, ports, baies, qui sont comprises dans un territoire neutre, ne peuvent être le théâtre d'hostilités auxquelles ce territoire doit rester étranger comme son souverain lui-même. Tous ceux qui s'y rencontrent sont donc tenus d'y vivre en paix, et ne pourraient y exercer un contrôle les uns à l'égard des autres sans méconnaître l'autorité du souverain local auquel seul appartient la juridiction sur le territoire soumis à sa puissance (3). C'est au surplus un point sur lequel je reviendrai plus tard en parlant des prises et en examinant dans quels lieux elles peuvent être faites.

325. En terminant ce qui touche le droit de visite, j'ajouterai qu'il peut être exercé sur les bâtiments de commerce, non-seulement par les bâtiments de guerre des belligérants, mais aussi par les armateurs particuliers, auxquels l'un des

(1) Rayneval, p. 260.

(2) Voy. Hubner, part. I, ch. VIII, § 8, et Hautefeuille, t. III, p. 86. — Cependant, d'après Hubner, on ne peut saisir en pleine mer. Il y a là une sorte de contradiction que j'examinerai plus tard en traitant de la saisie, sect. III, § 2.

(3) Voy. Hubner, part. I, ch. VIII, § 10; Casaregis, *discurs.* 136 et 174; Hautefeuille, t. III, p. 87.

belligérants a délégué une partie de sa puissance, à la charge par eux d'exhiber leurs lettres de marque (1). Quant à la visite des bâtiments convoyés, comme elle suppose un examen préalable des pouvoirs des vaisseaux de guerre qui forment l'escorte, je crois qu'elle dépasse la capacité d'un simple armateur ou corsaire, qui ne peut traiter d'égal à égal avec les vaisseaux d'un État neutre.

§ VI. — *De l'Angarie.*

SOMMAIRE. — 326. Ce que c'est que l'angarie. — 327. Différence entre l'angarie, l'arrêt de prince et l'embargo. — 328. Étymologie du mot *Angarie.* — 329. L'angarie est un abus de pouvoir. — 330. L'angarie ne peut avoir lieu que moyennant salaire. — 330 *bis.* De la destruction des navires neutres. — 331. Transition à la section suivante.

326. Les belligérants, tout en respectant d'ailleurs la neutralité, la soumettent quelquefois à certaines exigences qui, sans lui porter atteinte, entravent momentanément la liberté des neutres. C'est ce qui a lieu lorsqu'un État belligérant met en réquisition les bâtiments neutres qui se trouvent dans les ports ou rades de sa domination, et les oblige à transporter, moyennant salaire, des armes, des troupes ou des munitions. On donne à cette réquisition le nom d'*Angarie.*

327. On a quelquefois confondu l'angarie avec l'arrêt de prince et l'embargo. L'arrêt de prince est une mesure de sûreté qui, hors le cas de guerre, empêche le départ d'un navire, ou le saisit en mer pour interrompre son voyage. L'embargo est la défense faite en temps de guerre ou par mesure de représailles de laisser sortir des ports les vaisseaux ennemis ou neutres (2). L'angarie, au contraire, est une mesure qui n'a rien d'acerbe ni d'hostile, une contrainte momentanée qui peut sans doute être une gêne pour ceux qui y sont soumis, mais qui implique l'existence même de la neutralité.

328. Des auteurs donnent au mot angarie une étymologie

(1) Hautefeuille, t. III, p. 52 et suiv ; Calvo, t. II, § 1214.

(2) M. de Steck, *Essais*, p. 3, donne à l'angarie le nom d'embargo, et à l'embargo celui de saisie. — Voy. *sup.*, n. 138.

persane, d'après Hérodote, Hésychius et Suidas (1). Sans chercher à vérifier l'exactitude de cette origine, et sans remonter aussi loin dans la généalogie du mot, nous nous bornerons à rappeler que, chez les Grecs, ἀγγαρία se disait d'abord pour exprimer le service ou la main-d'œuvre qu'on exige de quelqu'un malgré lui ; et plus tard, par extension, sans doute, le passage et le transport sur un chemin public. Le latin *angariare* avait une signification analogue qui se rapporte au sens que reçoit aujourd'hui le mot angarie : *Quicumque te angariaverit mille passus, vade cum illo et alia duo*, dit l'Évangile de saint Matthieu (2) : Si quelqu'un vous contraint de faire un mille de chemin avec lui, faites-en deux. C'est aussi en ce sens que ce mot se trouve employé dans la loi 4, ff. *De veteranis*, qui permet de mettre en réquisition leurs navires, *naves eorum angariari posse;* et dans la loi 7 au code *De fabricensibus*, qui, en parlant du transport des armes, prescrit aux gouverneurs des provinces de mettre des navires en réquisition, *naves vel angariæ confestim de publico præbeantur*. Sur quoi Perezius (3) ajoute : *Angariæ latè continent jumentorum, curruum, navium præstationem.*

329. L'angarie se distingue donc de l'arrêt de prince et surtout de l'embargo. Néanmoins elle constitue, de la part du souverain qui y a recours, moins l'exercice d'un droit que l'abus du pouvoir dont il dispose dans les lieux de sa domination. Qu'un souverain impose à ses sujets les prestations et les corvées nécessaires au salut public, *presse* leurs navires comme en quelques lieux on *presse* les matelots, cela se conçoit. Mais que cette mesure atteigne les bâtiments neutres, interrompe leur commerce et fasse manquer leurs expéditions, c'est ce qu'il n'est pas aussi facile d'admettre. L'usage peut avoir autorisé cette pratique (4), tellement que les États qui veulent se mettre à l'abri de cette prestation croient nécessaire

(1) Voy. Brisson, *De regio Persarum principatu*, lib. I, p. 147 ; Bouchaud, *Des traités de comm.*, p. 73 ; Azuni, t. I, p. 292.

(2) Cap. I, vers. 41.

(3) *Hoc. tit.*, n. 13.

(4) *Angariarum onus etiam exteros afficit*, dit Stypmann, *quod quotidiana confimat praxis.* (*Ad jus marit. anseat.*, part. v, cap. 1.)

de stipuler dans leurs traités de paix ou de commerce qu'ils n'y seront pas assujettis les uns à l'égard des autres (1); ce serait alors une institution du droit des gens conventionnel; mais je ne crois pas qu'on puisse en trouver le fondement dans le droit primitif des nations.

330. Faisons observer au surplus que les prestations imposées aux navires atteints par l'angarie ne sont pas gratuites, et que les armateurs doivent recevoir le salaire du service forcé qu'ils ont rendu (2), ce qui paraît conforme à l'usage. Il serait juste aussi de les indemniser en outre des dommages qu'ils ont pu souffrir par suite de l'interruption de leur voyage ou de leurs expéditions; mais l'usage ne paraît pas aller jusque-là (3).

330 *bis*. Il a été donné dans la guerre de 1870, entre la France et l'Allemagne, une extension singulière au droit d'angarie.

Dans le courant du mois de décembre 1870, des troupes prussiennes s'emparèrent de plusieurs bâtiments anglais mouillés dans la Seine à la hauteur de Duclair, où, après avoir débarqué leur chargements à Rouen, ils prenaient du lest pour retourner en Angleterre. Ces bâtiments dont les équipages avaient été expulsés furent crevés et coulés dans la Seine pour fermer le fleuve. Aux réclamations du gouvernement anglais la Prusse répondit que la saisie de ces bâtiments avait été nécessitée par les besoins pressants de la défense, et que l'emploi et la destruction des propriétés étrangères, moyennant indemnité, était un droit de la guerre, une application du droit d'angarie, *Jus angariæ*, qu'un légiste anglais d'une haute autorité, sir Robert Phillimore, définit ainsi : « Ce droit consiste, en ce qu'une puissance belligérante requiert et emploie des navires étrangers, ceux-mêmes qui ne sont pas dans des eaux intérieures, mais dans des ports ou rades placés sous sa juridiction, et force les

(1) Traité de 1753 entre Naples et la Hollande, art. 18 ; de 1787, entre la France et la Russie, art. 23.

(2) ... *Cum hac tamen lege, ut sui laboris et officii digna capiant præmia emolumentaque*. Stypmam, *ubi sup.*

(3) Voy. Hautefeuille, t. III, p. 415 et suiv.

équipages à transporter des troupes, des munitions ou même des instruments de guerres. » L'affaire s'arrangea moyennant une indemnité payée par la Prusse, qui avait eu un instant la prétention de mettre cette indemnité à la charge de la France, sous prétexte que la mesure ayant été prise pour empêcher les navires de guerre français de s'avancer, c'était la France qui seule était responsable du dommage vis-à-vis du propriétaire des navires ou de leurs équipages.

Cette dernière prétention est du nombre de celles qu'un vainqueur ne peut élever qu'en abusant de la victoire.

Quant à l'assimilation de la violence dont les troupes prussiennes avaient usé en coulant bas des navires neutres pour fermer un fleuve, au droit d'angarie, elle me semble un peu forcée. Il y a des choses qu'un belligérant peut toujours faire à ses risques et périls, moyennant indemnité : et c'est à celui à qui une indemnité est offerte en réparation de la violence commise à voir s'il lui convient de l'accepter, et s'il n'a pas souffert autre chose qu'un dommage matériel, dont une indemnité en argent n'est jamais la réparation suffisante (1).

331. Telles sont les règles spéciales aux neutres en cas de guerre maritime. Il en est d'autres qui leur sont communes avec les ennemis, et qui regardent plus particulièrement la forme et les conséquences des prises. Elles feront l'objet de la section suivante.

SECTION III. — RÈGLES COMMUNES AUX ENNEMIS ET AUX NEUTRES. — DES PRISES.

SOMMAIRE. — 332. Observations préliminaires. — 333. Définition des prises.

332. On a vu, dans les deux sections qui précèdent, comment et dans quelle mesure l'état de guerre autorise l'ennemi à s'emparer des propriétés publiques ou particulières des ennemis ou des neutres ; qu'en principe, les propriétés particulières des sujets de l'État ennemi ne sont saisissables

(1) Voy. les négociations auxquelles cette affaire a donné lieu, Calvo, t. II, § 908.

qu'autant que les particuliers font personnellement un acte hostile ; que celles des neutres ne le sont également que lorsque les neutres agissent en ennemis ; mais que dans la pratique, et spécialement dans les guerres maritimes, les belligérants, s'écartant de ces principes, réputent ennemi tout sujet de l'État ennemi, déclarent la guerre aux propriétés privées non moins qu'aux propriétés publiques ; commissionnent des armateurs pour une guerre privée qui se fait avec plus d'acharnement et d'âpreté que la guerre publique elle-même ; et que le commerce des neutres, souvent assujetti à ces exigences arbitraires et vexatoires, quand les neutres sont les plus faibles, est obligé de subir la loi du plus fort.

En traitant des prises maritimes, de leurs formes et de leurs conditions de validité, nous serons donc obligés, dans plus d'une circonstance, de supposer admis le principe en vertu duquel elles sont faites, quoique ce principe ne nous paraisse pas admissible ; c'est-à-dire, de partir de ce point que tout sujet de l'État ennemi peut sur mer être traité en ennemi ; que tout neutre qui ne justifie pas de sa neutralité peut être considéré comme ennemi et traité comme tel, que tout neutre, même reconnu, peut aussi être traité comme ennemi lorsqu'il ne se conforme pas aux règles de navigation et de commerce que les belligérants ont arbitrairement établies.

333. On peut en conséquence définir une prise, la saisie ou l'arrêt d'un bâtiment ennemi *ou réputé tel*, et de sa cargaison, par les forces publiques ou particulières d'un belligérant, dans l'intention de s'en rendre maître et de se l'approprier en dépouillant le propriétaire (1). Cette définition, donnée par la plupart des publicistes et des jurisconsultes, a le mérite d'exprimer d'une manière assez exacte ce que c'est qu'une prise suivant le droit des gens arbitraire qui s'est introduit sur ce point, sans impliquer d'ailleurs aucune approbation de ce droit, ni aucune dérogation à des principes contraires et plus conformes au droit naturel (2).

(1) Voy. Valin, *Des prises*, p. 3 ; Azuni, p. 242.

(2) M. Hautefeuille, t. III, p. 219, ne donne le nom de *prise* qu'au juge-

§ I. — *Qui peut exercer, et contre qui peut être exercé le droit de prise.*

Sommaire. — 334. Prises faites par les corsaires. — 335. Par un bâtiment non commissionné. — 336. Par des prisonniers. — 337. Quels bâtiments sont de bonne prise. — 338. Bâtiments pêcheurs. — 339. Pirates. — 340. Effets des sujets ou des neutres sur bâtiments ennemis. — 341. Des bâtiments neutres. — 342. Preuves de la neutralité du bâtiment. — 343. Pièces justificatives. — 344. Composition de l'équipage. — 345. Rôle d'équipage. — 346. Bâtiment de fabrique ennemie. — 347. Passe-port ou congé. — 348. Preuves de la neutralité de la marchandise. — 349 Pièces justificatives. — 350. C'est au capteur à prouver la simulation. — 351. Preuve testimoniale. — 352. Présomptions. Jet de papiers à la mer. — 353. Les questions de neutralité sont des questions de bonne foi.

334. J'ai précédemment expliqué comment, dans les guerres maritimes, les belligérants commissionnent des particuliers pour faire la course et capturer les bâtiments ennemis ou réputés tels. Je ne reviendrai donc pas sur ce point. Il me suffira de rappeler ici qu'il est reconnu par toutes les nations policées, qu'une prise ne peut être légitimement faite que par les forces publiques ou par les forces particulières commissionnées de l'État belligérant (1).

335. Il y a cependant à cette règle une exception notable : c'est quand la prise est faite par un bâtiment qui, en repoussant l'attaque dirigée contre lui par un bâtiment ennemi, parvient à s'emparer de l'agresseur. J'ai déjà suffisamment expliqué ce point (2).

336. Une autre exception assez singulière est relative à la

ment ou à la sentence qui intervient pour valider la saisie du navire ou de la cargaison ; et il maintient le nom de *saisie* à l'acte par lequel le belligérant arrête un navire et s'en empare. Dans cette nomenclature, un bâtiment saisi avec l'intention de s'en emparer ne serait pas pris jusqu'à ce qu'il ait été déclaré de bonne prise. Je ne vois aucune utilité à cette innovation dans le langage juridique généralement adopté jusqu'ici. J'ajoute que les dénominations proposées et suivies par M. Hautefeuille ne me paraissent pas exactes. Juger une prise, déclarer un navire ou sa cargaison de bonne prise ou de mauvaise prise, c'est supposer qu'il y a une prise à juger, et par conséquent une prise faite, bien ou mal, avant la sentence ou le jugement. Tout navire saisi dans l'intention de le prendre constitue donc une prise, bien que l'effet de la capture soit subordonné à la sentence à intervenir.

(1) Pistoye et Duverdy, t. I, p. 157; Cauchy, t. I, p. 63; Bluntschli, § 671.

(2) Voy. *sup.*, n. 163.

prise faite par des prisonniers de guerre qui, en s'évadant, enlèvent un bâtiment ennemi pour consommer leur fuite. Un décret de la Convention nationale du 18 vendémiaire an II décide que dans ce cas la prise est légitimement acquise aux capteurs. Ce décret, bien qu'il dispose d'une manière générale, fut provoqué par un cas particulier. Des marins français, retenus en Angleterre, avaient enlevé, pour s'évader, un bateau anglais. Arrivés à Boulogne, ils se virent dépouillés de leur capture par l'administration de la marine qui prétendait la confisquer pour le compte du gouvernement français, en se fondant sur ce que les capteurs n'étaient pas commissionnés pour faire des prises sur l'ennemi. De là une pétition adressée par les prisonniers évadés, à la Convention nationale, qui l'accueillit et décida que « les bateaux, barques ou autres bâtiments ennemis enlevés par des Français, prisonniers chez les puissances avec lesquelles la nation française est en guerre, sont de bonne prise au profit des capteurs. » Les motifs exprimés de ce décret sont « que les marins anglais prisonniers en France, sous caution ou sur leur parole, ont les premiers violé leurs engagements, en se travestissant pour échapper plus sûrement à la surveillance publique ou particulière, et enlever des bâtiments pour s'évader ; et que les Français prisonniers en Angleterre, qui ont suivi leur exemple, n'ont fait qu'user du droit de représailles. »

Mais, tout en acceptant cette décision pour règle, on ne peut s'empêcher de reconnaître qu'elle est trop générale. J'admets que celui qui est retenu prisonnier au moyen d'une force permanente et matérielle soit en droit de briser sa chaîne, et conséquemment de s'emparer de tous les moyens nécessaires pour effectuer sa fuite : il obéit en quelque sorte aux nécessités de la défense, et le droit naturel, qui légitime les efforts qu'il fait pour être libre, légitime en même temps les moyens sans lesquels ces efforts seraient vains et n'auraient pour résultat que de rendre ses chaînes plus lourdes, et sa captivité plus rigoureuse. Il en est de même de celui qui est prisonnier sous caution : en s'évadant, il ne fait que réaliser le cas prévu pour lequel la caution avait été fournie. Mais on ne sau-

rait reconnaître le même droit à celui qui est prisonnier sur parole : il ne peut chercher à recouvrer, violemment ou par ruse, sa liberté, sans violer la foi promise ; et autant celui à la parole duquel on ne s'est pas confié, et auquel on a laissé une volonté libre en retenant son corps captif, est en droit de s'affranchir d'une captivité qu'il n'a pas acceptée, autant celui qui, en conservant une sorte de liberté personnelle, a consenti à enchaîner sa volonté par sa parole, contrevient en prenant la fuite aux règles les plus certaines de la morale et du droit naturel, parce que, en dégageant son corps, il ne saurait dégager sa parole. S'il n'a pas le droit de fuir, il n'a pas le droit de s'en procurer les moyens. C'est donc à tort que le décret précité déclare valable la prise faite par le captif évadé, sans distinguer s'il s'agit d'un prisonnier ordinaire ou sous caution, ou d'un prisonnier sur parole,

Remarquons que dans ce dernier cas, l'évasion et par conséquent la prise qui en est la conséquence ne sont pas légitimes, lors même qu'elles ont lieu par représailles ou rétorsion, ainsi qu'elles paraissent avoir eu lieu dans l'espèce particulière de ce décret. Les prisonniers sur parole qui s'évadent du séjour qui leur est assigné par l'ennemi, ne délient pas, en violant leur parole, les sujets de l'ennemi prisonniers chez leur nation, de la parole qu'ils ont donnée.

337. Sont de bonne prise tous les bâtiments appartenant aux ennemis de l'État, ou commandés par des pirates, forbans ou autres, courant la mer sans commission d'aucune puissance. Tels sont les termes de l'article 51 de l'arrêté du 2 prairial an XI. On sait que, par ennemis de l'État, on entend ici les citoyens de l'État ennemi, quelque inoffensifs qu'ils paraissent : en pareille matière, le commerce le plus essentiellement pacifique est réputé hostile.

338. Toutefois l'usage a admis depuis longtemps une exception à cette règle en faveur du commerce de la pêche et des pêcheurs ; et les plus vifs approbateurs de la course maritime ont été les premiers à reconnaître la justice de cette exception, qui est cependant la condamnation la plus expresse du système général auquel elle déroge, puisque les raisons que l'on a fait

valoir en faveur de la pêche s'appliquent avec tout autant de raison aux autres commerces pacifiques. L'humanité dont on croit devoir user en faveur d'une classe de marins ou de commerçants, prouve d'autant mieux l'inhumanité dans laquelle on persévère à l'égard des autres.

Louis XIV, par une ordonnance du 1er octobre 1692, avait accordé aux pêcheurs ennemis des facilités de sauf-conduit; mais le premier exemple formel de cette généreuse inconséquence a été donné pendant la guerre de l'indépendance américaine par Louis XVI, qui écrivait le 5 juin 1779 à l'amiral, que « le désir qu'il avait toujours eu d'adoucir les calamités de la guerre lui avait fait porter les yeux sur cette classe de ses sujets qui se consacre au commerce de la pêche, et qui n'a pour subsistance que les seules ressources que ce commerce lui présente. J'ai pensé, ajoutait-il, que l'exemple que je donnerais à mes ennemis, et qui ne peut avoir d'autres principes que les sentiments d'humanité qui m'animent, les déterminerait à donner à la pêche les mêmes facilités auxquelles je consentirais à me prêter. » En conséquence, ordre fut donné à tous les commandants de bâtiments, armateurs ou corsaires, de ne point inquiéter jusqu'à nouvel ordre les pêcheurs anglais, de ne point arrêter leurs bâtiments, non plus que ceux qui seraient chargés de poisson frais, quand même ce poisson n'aurait pas été pêché à bord de ces bâtiments, pourvu toutefois qu'ils ne fussent armés d'aucunes armes offensives, et qu'ils ne fussent pas convaincus d'avoir donné quelques signaux qui annonceraient une intelligence suspecte avec les bâtiments de guerre ennemis.

Il est à croire que cet exemple fut suivi par l'Angleterre, puisque, dans le cours de la même guerre, un arrêt du conseil du 6 novembre 1780 ordonna la remise du navire anglais, le *Jean et Sara*, chargé de poisson frais, pris par des armateurs de Dunkerque, et renouvela de plus fort les ordres précédemment donnés en 1779.

Les mêmes règles furent suivies pendant la guerre de la révolution française. Il est vrai que, dans les premières années de cette guerre, l'Angleterre ayant autorisé la capture des

pêcheurs français, il intervint, le 18 vendémiaire an II, un décret de la Convention nationale qui chargeait le conseil exécutif de réclamer les bateaux pêcheurs saisis par les Anglais, et, en cas de refus, de faire user de représailles. Mais, bientôt après, la France crut ne pas devoir persévérer dans ce système de rétorsion, et le Comité de salut public ordonna, par arrêté du 27 thermidor an III, la mise en liberté des pêcheurs anglais pris en exécution du décret du 18 vendémiaire an II. Plus tard, le ministre de la marine, par une circulaire du 27 ventôse an VII, prescrivit aux administrations des ports de défendre aux bâtiments français d'arrêter aucun pêcheur anglais, pourvu qu'ils ne fussent point munis d'armes, ni convaincus d'intelligence suspecte avec des bâtiments de guerre de leur nation. C'est alors que le gouvernement anglais, renonçant à son système contraire, révoqua ses ordres antérieurs. Les défenses déjà faites furent aussitôt renouvelées en France par une circulaire du ministre de la marine du 28 prairial an VIII, ce qui réunit l'accord des deux parties belligérantes sur la liberté de la pêche maritime (1). Enfin les mêmes principes furent appliqués en France, non-seulement aux pêcheurs anglais, mais encore à ceux des autres nations ennemies, ainsi qu'il résulte d'une décision du conseil des prises du 9 thermidor an IX (2), qui ordonne la restitution du bateau pêcheur portugais *la Nostra Signora de la Piedad*, capturé par le corsaire français *la Carmagnole*.

Dans l'état actuel de notre législation maritime, on doit donc considérer les bâtiments pêcheurs en quelque sorte comme des bâtiments neutres, qui ne deviennent prenables que lorsqu'en cessant d'être employés à la pêche, ils rompent leur neutralité particulière pour porter un secours direct à l'ennemi, soit en transportant autre chose que du poisson frais, soit en faisant des signaux d'intelligence, soit en recé-

(1) Dans le cours de la même guerre, une convention conclue entre les Espagnols et les Anglais, et signée des amiraux Massaredo et Saint-Vincent, statue qu'aucune hostilité n'aura lieu contre les bateaux pêcheurs des deux nations et leurs équipages, soit dans le canal de Gibraltar, soit dans la mer septentrionale.

(2) Sirey, 1, 2, 331.

lant des armes. Ce qui devrait être une règle générale et la loi commune de tous les commerces pacifiques, n'est ainsi qu'une exception en faveur d'une industrie ou d'un commerce spécial qui n'y a ni plus ni moins de droit que les autres (1).

339. Quant aux pirates et forbans que l'art. 51 de l'arrêté du 2 prairial an XI déclare pareillement de bonne prise, la disposition qui les concerne n'est que l'application du principe de légitime défense. Ils attaquent toutes les nations; toutes les nations ont dès lors le droit de les combattre. Ils se sont d'ailleurs mis eux-mêmes en dehors du droit des gens, et ne peuvent en conséquence en réclamer le bénéfice, ni invoquer sa protection (2).

En général, on ne se borne pas à considérer comme de bonne prise les bâtiments ennemis et les marchandises ennemies : on leur assimile souvent les marchandises des sujets de la nation du capteur, trouvées dans un bâtiment ennemi. « Tous navires, porte l'art. 7 de l'ordonnance de 1681, titre des *Prises*, qui se trouveront chargés d'effets appartenant à nos ennemis, *et les marchandises de nos sujets ou alliés qui se trouveront dans un navire ennemi, seront de bonne prise.* » Remarquons d'abord, en ce qui touche les marchandises des alliés, que si ce sont de simples neutres, la prise de leurs marchandises ne peut régulièrement avoir lieu que dans les cas prévus dans la précédente section; que si, au contraire, les alliés se sont assujettis par un traité à ne pas charger leurs marchandises sur vaisseaux ennemis, ils doivent se conformer à la loi qu'ils se sont faite ou subir les conséquences de son infraction.

Mais quant aux sujets de la nation du capteur, ils se trouvent dans une position particulière. Leur souverain a pu leur défendre de communiquer avec l'ennemi, de se servir de ses vaisseaux pour le commerce, sous peine de voir confisquer

(1) Pistoye et Duverdy, t. I, p. 331 ; Heffter, p. 257 ; Bluntschli, § 667.

(2) *Pirati, latrones, neque jus belli habent, quia jus belli a gentium jure, et tales non fruuntur illo jure cui hostes sunt.* (Alb. Gentilis, *De jure belli, comment.* 1, *in pr.*) Voy. aussi *sup.*, n. 154.

leurs marchandises; et ils doivent obéir à cette loi, parce qu'elle émane de celui qui a le pouvoir de la faire et à l'autorité duquel ils sont soumis. C'est là une distinction qu'il ne faut pas perdre de vue et qui empêche de confondre les sujets avec les neutres, relativement aux rapports qui existent entre eux et le capteur (1).

Au surplus, il est douteux que la disposition de l'ordonnance de 1681, relative aux marchandises des sujets trouvées dans un vaisseau ennemi, soit encore en vigueur; l'arrêté des consuls du 2 prairial an XI, qui, en cette partie, a remplacé d'une manière à peu près complète l'ordonnance de Louis XIV, ne l'ayant point reproduite. En cas de guerre maritime, il faudrait donc une loi nouvelle qui défendît le commerce avec l'ennemi et l'emploi de ses bâtiments, pour que les marchandises françaises chargées sur navires ennemis pussent être déclarées de bonne prise.

341. Il me reste à parler des neutres et à expliquer dans quels cas ils sont de bonne prise. J'ai déjà examiné, en traitant des droits de la neutralité, les cas dans lesquels ils pouvaient, en tant que neutres, être valablement capturés. Je n'ai plus qu'à m'occuper des cas dans lesquels on prétend avoir le droit de les traiter en ennemis, faute par eux de justifier suffisamment de leur neutralité, bien que d'ailleurs ils ne contreviennent en rien aux devoirs plus ou moins réels qu'elle leur impose.

342. Aux termes de l'art. 53 de l'arrêté du 3 prairial an XI, «sont de bonne prise, soit les bâtiments, soit leurs chargements en tout ou en partie, dont la neutralité ne serait pas justifiée conformément aux règlements et aux traités.» Nous avons donc à rechercher comment doit être faite cette justification, et en quoi consistent les preuves de la neutralité.

Une première remarque, c'est que la preuve de la neutralité est à la charge de celui qui se prétend neutre ; cela doit être sous l'empire d'un droit qui, autorisant la capture en mer de toutes les propriétés ennemies, met par cela même en état de suspicion toutes celles qui y sont rencontrées. Sous

(1) Voy. Casaregis, disc. 24, n. 21. — Voy. *sup.*, n. 273.

un autre point de vue, d'ailleurs, la sûreté des mers exige que chacun soit prêt, en temps de guerre, à y justifier de sa nationalité et de sa destination pacifique ou guerrière. De là le droit de visite ; de là l'obligation, pour les visités, de prouver ce qu'ils sont ; de là enfin, pour les belligérants, le droit de saisir et de capturer ceux qui ne prouvent pas leur neutralité.

Mais de là on a conclu, à tort, selon nous, que la preuve de la neutralité ne pouvait résulter que des papiers trouvés à bord et produits au moment même de la prise. Telle est cependant la disposition formelle du règlement du 26 juillet 1778, spécial en cette matière, dont l'article 11 porte que, dans aucun cas, les pièces qui sont rapportées après la prise ne peuvent faire foi ni être d'aucune utilité, tant aux propriétaires des bâtiments pris qu'à ceux des marchandises qui pourraient y avoir été chargées. C'est aussi ce que prescrivait, mais d'une manière moins claire et moins précise, l'article 6 de l'ordonnance de 1681, au titre des *Prises*. Il serait plus juste, au contraire, dès qu'on ne prétend au droit de prise que sur les bâtiments ou les marchandises qui ne prouvent pas leur neutralité, de relâcher ceux qui font cette preuve après la prise, puisque, si cette preuve eût été faite avant, la prise n'aurait pu avoir lieu. Ce n'est là qu'une question de temps ; et on ne conçoit pas qu'un belligérant ait le droit de s'approprier un neutre reconnu pour tel, par cela seul que les pièces et les papiers d'où résulte la preuve de cette neutralité ont été produits dans un temps plutôt que dans un autre. Valin, qui, dans son *Traité des prises*, s'est imposé la tâche de justifier tout ce que la législation qui les régit a d'acerbe et d'injuste, dit que la raison de cette disposition est que rien ne serait plus facile que de fabriquer après coup les pièces nécessaires à la preuve de la neutralité (1). Rien ne serait, au contraire, moins facile, puisque ces pièces, comme on le verra bientôt, exigent le concours de l'autorité publique ; et qu'il est, en définitive, aussi aisé de se munir d'avance de pièces fausses, que d'attendre la capture pour en fabriquer ; et que la fausseté des unes peut être découverte et

(1) Page 86, n. 6. — Voy. aussi Hautefeuille, t. III. p. 249.

punie tout aussi bien que la fausseté des autres. En supposant, d'ailleurs, qu'il fût plus facile de fabriquer des pièces après coup, il en résulterait qu'on devrait les examiner avec plus de soin et ne les admettre qu'après une vérification plus exacte, mais non qu'on dût les rejeter, sans examen, fausses ou vraies, lorsqu'elles sont produites en temps utile, c'est-à-dire avant la vente de la prise ou sa déclaration de validité prononcée dans les formes qui seront ci-après expliquées. Jusque-là, le capturé devait être admis à prouver sa neutralité, et être relâché lorsqu'il fait cette preuve, sans avoir à supporter d'autre peine que le retard qui serait résulté pour son voyage d'un arrêt auquel l'ont exposé l'irrégularité ou l'insuffisance de ses papiers de bord.

Aussi voit-on que la jurisprudence du conseil des prises a cherché à adoucir la rigueur de la disposition de l'article 11 du règlement de 1778. C'est ce que prouve une décision du 17 frimaire an X, aux termes de laquelle la neutralité peut être établie par des pièces produites après la prise, s'il est constant que ces pièces étaient à bord lors de la capture (1).

343. Arrivons maintenant au détail des pièces nécessaires pour prouver la propriété neutre.

Aux termes de l'article 2 du règlement du 26 juillet 1778, la justification de la propriété neutre se fait par les passe-ports, connaissements, factures et autres pièces de bord; l'une desquelles au moins constate la propriété neutre, ou en contient une énonciation précise. En effet, le passe-port ou congé, délivré par les autorités d'un pays, justifie la nationalité du bâtiment; les connaissements et factures justifient la propriété de la cargaison; ce qui semblerait devoir suffire pour éclairer les droits respectifs du capteur et du capturé.

344. Cependant, bien que le passe-port ou congé constate la neutralité du bâtiment, cette constatation reste sans effet, suivant l'article 9 du même règlement de 1778, s'il y a sur le bâtiment un subrécargue, marchand, commis ou officier-major d'un pays ennemi, ou si l'équipage est composé, au delà du

(1) *Code des prises*, t. II, p. 1046. — Voy. aussi Décis. du Cons. des prises du 26 mai 1855, S., 55, 2, 796; et 23 juin 1855, S., 56, 2, 415.

tiers, de matelots sujets des États ennemis, ou s'il n'y a pas à bord de rôle d'équipage arrêté par les officiers publics des lieux neutres d'où les bâtiments sont partis (1).

On excepte de cette disposition de l'article 9 du règlement de 1778 les navires dont les capitaines ou les maîtres justifient, par actes trouvés à bord, qu'ils ont été dans la nécessité de prendre des officiers-majors ou matelots dans les ports où ils ont relâché, pour remplacer ceux du pays neutre morts pendant le voyage. (*Ibid.*, art. 10.) Mais l'obligation de justifier ce renouvellement ne regarde évidemment que le navire qui a renouvelé son équipage en pays ennemi : elle ne saurait regarder celui qui l'a renouvelé en pays neutre avec des matelots neutres de nation (2).

345. Le rôle d'équipage doit être arrêté par les officiers publics du lieu du départ. Il doit être réitéré à chaque voyage du navire : le rôle arrêté pour un voyage précédent ne peut servir pour le voyage actuel, bien qu'il n'y ait eu aucun changement dans l'équipage, parce que des changements peuvent avoir eu lieu et que rien ne certifie qu'ils ne se sont pas opérés. Il doit indiquer les noms, prénoms et demeures des personnes qui y sont portées (3); autrement il ne ferait pas preuve de leur nationalité. Il semble cependant que quelques omissions ou irrégularités sur ce point pourraient être suppléées par d'autres preuves.

Au surplus, la disposition du règlement de 1778, qui déclare de bonne prise les bâtiments naviguant sans rôle d'équipage, n'est pas applicable aux nations qui, par un traité fait avec la France, seraient dispensées du rôle d'équipage : tels sont les

(1) Il a été jugé qu'un équipage n'est pas réputé ennemi, encore qu'il soit composé de plus d'un tiers de matelots sujets d'un prince ennemi, lorsque ces matelots habitent une partie des États de ce prince qui, par un traité particulier fait avec une autre puissance, sont considérées comme neutres. (Cass. 24 germ. an VII, Sirey, 7, 2, 1126.) Il s'agissait d'un bâtiment monté par des Hanovriens, qui, bien que sujets du roi d'Angleterre, semblaient considérés comme neutres par un traité conclu le 28 floréal an III, entre la république française et le roi de Prusse. — C'était là une question de bonne foi.

(2) Voy. Cass., 11 frim. an VII, Sirey, 7, 2, 1127.

(3) M. Merlin, *Répert.*, v° *Prises marit.*, 93, art. 3, n. 5.

États-Unis, ainsi qu'il résulte de l'article 26 du traité du 6 février 1778. En pareille matière, les lois et règlements maritimes d'un pays ne sont pas applicables aux bâtiments des nations dont les rapports avec ce pays sont réglés par des traités spéciaux (1).

346. Il faut observer, à l'égard de la nationalité du bâtiment, que les bâtiments de fabrique ennemie ou qui ont eu un propriétaire ennemi, ne peuvent être réputés alliés ou neutres, s'il n'est trouvé à bord quelque pièce authentique passée devant des officiers publics qui puissent en assurer la date, justifiant que la vente ou la cession en a été faite à quelqu'un des sujets des puissances alliées ou neutres, avant le commencement des hostilités. Il faut, de plus, que l'acte translatif de propriété de l'ennemi au sujet neutre ou allié ait été enregistré par-devant le principal officier du lieu du départ et signé par le propriétaire ou par le porteur de ses pouvoirs (art. 7).

A l'égard des bâtiments de fabrique ennemie qui ont été pris par les vaisseaux de l'État, des alliés ou des particuliers, pendant la guerre, et qui ont ensuite été vendus aux sujets des États alliés ou neutres, ils ne peuvent être réputés de bonne prise, s'il se trouve à bord des actes en bonne forme passés devant des officiers publics, justificatifs tant de la prise que de la vente ou de l'adjudication qui en aurait été faite ensuite aux sujets des États alliés ou neutres, soit en France, soit dans les ports des États alliés : faute des pièces justificatives, tant de la prise que de la vente, ces bâtiments sont de bonne prise (art. 8) (2).

347. Dans le cas, au contraire, où il s'agit d'un bâtiment de fabrique neutre, le passe-port ou le congé suffit pour prouver la neutralité, pourvu toutefois qu'il ne soit pas contredit par le rôle d'équipage.

Le passe-port ou congé est réputé nul et ne peut, dès lors, faire cette preuve, s'il est prouvé que le bâtiment pour lequel

(1) Cons. des prises, 9 prair. an VIII, S. 1, 2, 186 ; Cons. d'État, 1er mars 1826, S. 26, 2, 238.

(2) Décis. du Cons. des prises du 23 juin 1855, S., 56, 2, 445. — Voy. aussi Décis. du 26 mai 1855, S., 55, 2, 796.

il a été expédié n'était, au moment de l'expédition, dans aucun des ports des États du prince qui l'a accordé (art. 4).

Cependant il a été jugé avec raison que le passe-port peut être valable, encore bien que le navire pour lequel il est délivré fût dans un port étranger au moment de la délivrance, si d'ailleurs le navire s'est ultérieurement rendu dans le port où le passe-port le suppose, et si c'est de ce port que le navire a été réellement expédié (1).

Le passe-port ne peut servir que pour un seul voyage (art. 4). Néanmoins, lorsque pendant le terme fixé pour le voyage par le passe-port dont il est muni, un bâtiment dont la neutralité est d'ailleurs constante, a relâché dans un port neutre dépendant d'une autre puissance, on ne peut considérer ce dernier port comme le lieu de son départ, et confisquer le bâtiment sous prétexte que le passe-port ne peut servir que pour un seul voyage (2).

On n'a aucun égard aux passe-ports des puissances neutres, lorsque ceux qui les ont obtenus se trouvent y avoir contrevenu (art. 5), en faisant un autre voyage que celui qui y est indiqué, ou en se rendant dans un autre lieu que celui de leur destination. Mais une relâche forcée ne pourrait évidemment pas être considérée comme une infraction au passe-port, et donner lieu à la saisie du navire dont ce passe-port prouverait la neutralité (3).

Du reste, le passe-port peut être valablement délivré sans une destination précise, lorsqu'il s'agit d'un navire qui fait la caravane ou qui voyage à cueillette, c'est-à-dire qui navigue de port en port, pour conduire dans l'un ce qu'il a chargé dans l'autre, ou pour compléter son chargement avant de se rendre au terme de sa course. Il serait impossible qu'un passe-port délivré pour un voyage de cette nature indiquât une destination précise comme pour un voyage de long cours ou de grand cabotage. On ne peut, par suite, ni considérer comme nul un passe-port qui, dans de telles circonstances, ne contiendrait

(1) Décis. du Cons. des prises du 3 mess. an VIII, S., 2, 2, 498.
(2) Merlin, *Répert.*, *Prises Marit.*, §§ 3, 4, 5.
(3) Cass., 2 flor. an VII, S., Coll. nouv., vol. I, 1, 192.

pas cette indication, ni voir une contravention à ce passe-port dans les relâches successives que ferait le navire pour accomplir les voyages partiels dont se compose son voyage intégral (1).

On n'a également aucun égard au passe-port qui exprime un nom de bâtiment différent de l'énonciation qui est faite dans les autres pièces de bord, à moins que les preuves du changement de nom et de l'identité du bâtiment ne fassent partie de ces mêmes pièces, et qu'elles aient été reçues par les officiers publics du lieu de départ, et enregistrées devant le principal officier public du lieu (art. 5).

Enfin, on n'a encore aucun égard aux passe-ports accordés par les puissances neutres ou alliées, tant aux propriétaires qu'aux maîtres de bâtiments sujets des États ennemis, s'ils n'ont été naturalisés et s'ils n'ont transféré leur domicile dans les États de ces puissances. — Il y a plus : les propriétaires ou maîtres de bâtiments sujets des États ennemis, qui se sont fait naturaliser dans un pays neutre, ne peuvent profiter de cette naturalisation, si, depuis qu'ils l'ont obtenue, ils sont retournés dans les États ennemis pour continuer leur commerce (art. 6), ce qui ne doit s'entendre que de l'État ennemi dont ils étaient sujets avant leur naturalisation en pays neutre : l'ennemi qui a été naturalisé neutre doit jouir de tous les droits attachés à la neutralité, à l'exception de ceux dont l'exercice ferait supposer que sa naturalisation peut être feinte et frauduleuse.

Remarquons que la nullité du passe-port n'est pas une cause nécessaire de confiscation du bâtiment, si d'ailleurs la neutralité est prouvée par d'autres pièces (2), par exemple par le rôle d'équipage. La nullité du passe-port n'équivaut pas à l'absence de passe-port, parce qu'un acte même nul peut prouver la bonne foi de celui qui en est porteur, dès que cette nullité est de nature à provenir plutôt du fait de l'officier public qui rédige l'acte et l'expédie, que de celui qui le demande et qui l'obtient.

Il en est autrement d'un passe-port qui ne serait pas seule-

(1) Décis. Cons. des prises du 16 therm. an VIII, S., 2, 2, 474.

(2) Cons. des prises, 3 mess. an VIII, S., 2, 2, 498; Cass., 17 pluv. an VII, S., coll. nouv., vol. I, I, 168.

ment nul, mais dans lequel on trouverait des traces de simulation ou de fraude. « Il faut distinguer avec soin, disait M. Portalis au conseil des prises (1), les pièces simplement nulles d'avec celles dans lesquelles on aperçoit des circonstances qui nous autorisent à les faire présumer simulées ou frauduleuses. Les pièces simplement nulles ne sont par elles-mêmes d'aucune valeur ; mais elles ne détruisent pas la valeur des autres pièces, dont chacune doit être appréciée par les caractères qui lui sont propres. Il en est autrement des pièces suspectes de simulation ou de fraude : celles-ci entachent la foi de celui qui en est porteur. La fraude qui paraît fait suspecter celle qui ne paraît pas : de là tout est ébranlé, dès que la simulation se manifeste quelque part; car la foi des hommes est indivisible. » D'où il faut conclure, avec le jurisconsulte philosophe qui représentait alors le gouvernement devant le conseil des prises, que si, dans les cas où le passe-port est seulement *réputé nul* par les dispositions du règlement de 1778, on peut y suppléer par les autres pièces de bord, il ne saurait en être de même lorsque le passe-port est frauduleux; le bâtiment est alors de bonne prise.

Quant au défaut absolu de passe-port, il est une cause nécessaire de confiscation : le passe-port ne peut être remplacé par aucune pièce. C'est le passe-port seul qui, en rattachant le navire au territoire dont il devient la continuation, peut lui assurer la protection qui lui est due par l'État auquel il appartient; c'est à l'aide du passe-port que cette protection le suit en pleine mer ; et quand le passe-port vient à manquer, cette protection lui manque également. Il ne peut y avoir d'exception à cette règle que pour les navires qui navigueraient dans une mer fermée, si, d'après les usages des États dont les terres l'environnent, la navigation dans cette mer était dispensée du passe-port. Mais aussitôt sortis de cette mer, les navires trouvés sans passe-port ne pourraient plus se prévaloir d'un usage local qui ne peut avoir de force hors du lieu dans lequel et pour lequel il est établi (2).

(1) 3 mess. an VIII, S., 2, 2, 498.

(2) C'est ce qui a été jugé pour les bâtiments naviguant dans la Bal-

348. Telles sont les règles relatives à la preuve de la neutralité du bâtiment. Je passe maintenant à celles qui sont relatives à la preuve de la neutralité des marchandises, règles qui ne devraient jamais trouver d'application quand la neutralité du bâtiment est établie, puisque nous avons déjà vu (1) que, d'après les principes du droit des gens pur, les marchandises ennemies sur un bâtiment neutre ne sont jamais saisissables quand elles ne sont pas contrebande de guerre.

349. Comme je l'ai déjà dit, la preuve de la neutralité de la cargaison se fait par « connaissements, factures ou autres pièces de bord ». Tels sont les termes de l'art. 2 du règlement de 1778. Cette disposition, essentiellement énonciative, lève les doutes qui s'étaient manifestés sous l'empire de l'ordonnance de 1681. sur le point de savoir si toutes les pièces énoncées par cette ordonnance étaient nécessaires pour faire preuve de la neutralité des marchandises, et si ces pièces pouvaient seules être admises pour faire cette preuve. « Sont de bonne prise, disait l'art. 6 de cette ordonnance, au titre des *Prises*, les vaisseaux avec leur chargement dans lesquels il ne sera trouvé *chartes-parties*, *connaissements*, *ni factures*. » — On avait soutenu que ces mots *chartes-parties*, *connaissements*, *ni factures*, devaient se prendre collectivement, de manière que si ces trois sortes de pièces ne se trouvaient pas toutes ensemble dans le navire, il était de bonne prise (2). Mais Valin fait très-bien observer que la loi ayant employé la conjonction *ni* avant le dernier mot *factures*, il convenait de lire comme s'il y avait, *ni charte-partie*, *ni connaissement*, *ni factures;* de telle sorte qu'il n'était nullement nécessaire que toutes ces pièces se trouvassent dans le navire, mais qu'il suffisait qu'il y en eût une seule (3) : interprétation qui se trouvait pleinement confirmée par l'art. 13 de la même ordonnance, qui défend d'arrêter les navires amis ou neutres, dont les capitaines auront représenté la charte-partie, *ou police de chargement*, ce qui

tique, par une décision du Conseil des prises du 16 thermidor an VIII, S., 2, 2, 478.

(1) *Sup.*, n. 252 et suiv.

(2) D'Habreu, *Traité des prises*, part. I, ch. II, § 17, p. 32.

(3) *Des prises*, p. 55.

signifie *connaissement.* Le règlement de 1778, en admettant des équivalents, démontre par cela même que toutes les pièces qu'il énumère ne sont pas indispensables.

Valin (1), tout en reconnaissant que toutes les pièces énoncées par l'ordonnance n'étaient pas nécessaires, avait cependant émis l'avis qu'il n'y avait que ces pièces qui pussent faire preuve de la neutralité du chargement. Son opinion à cet égard était même conforme à un arrêt du conseil du 21 janvier 1693, rendu au sujet du navire *le Redempteur-du-Monde*, qui avait jugé qu'un livre de sous-bord ne tenait pas lieu des pièces ci-dessus mentionnées, et ne pouvait pas être admis comme preuve supplétive. Mais aujourd'hui, une solution pareille serait diamétralement contraire à l'art. 2 du règlement de 1778, qui admet comme preuves toutes pièces de bord en général et sans distinction.

Tout doit donc, en cette matière, dépendre des circonstances de temps et de lieu : ainsi, on ne doit pas se montrer aussi rigoureux sur les preuves à l'égard d'un navire qui, lors de son départ, ignorait la déclaration de guerre, qu'à l'égard de celui qui, instruit de cette déclaration, devait prévoir les incidents possibles de son voyage (2).

350. Lorsque le capturé a prouvé sa neutralité par les pièces qu'il a produites, si le capteur suppose quelque simulation ou quelque fraude, il doit la prouver à son tour; car, de même que le neutre est tenu de constater son droit et sa propriété, de même aussi le capteur est tenu de prouver son exception (3). — Cette preuve peut être faite tant contre les pièces qui ont pour objet de justifier de la neutralité du bâtiment, que contre celles qui se rapportent à la cargaison.

351. La preuve la plus habituellement tentée est, malgré les dangers qu'elle présente, celle qui résulte des dépositions du capitaine et de l'équipage du vaisseau pris. L'art. 29 de l'ordonnance de 1681, titre des *Prises*, prescrivait aux officiers de

(1) *Ubi sup.*, p. 56.

(2) Martens, *Des armateurs*, § 21, note *m*.

(3) M. Portalis, au Cons. des prises, S., 2, 2, 491. — Voy. encore comme exemple la décision précitée du 26 mai 1855.

l'amirauté d'entendre, sur le fait de la prise, le maître ou commandant du vaisseau pris, et les principaux de son équipage; et un arrêt du conseil du 26 octobre 1692, expliquant et développant cette disposition, veut que foi pleine et entière soit ajoutée aux dépositions des capitaines, matelots et officiers des vaisseaux pris, même lorsque ces dépositions seraient diamétralement contraires à l'énoncé des pièces de bord, s'il n'y a contre eux, dit l'arrêt du 25 octobre 1692, aucun reproche valable, ou quelque preuve de subornation ou de séduction. Et, comme pour mieux mettre les juges des prises en garde contre les dangers d'une preuve ainsi faite, l'arrêt ajoute : « Défend Sa Majesté aux capitaines des vaisseaux preneurs, et autres armateurs, leurs consorts et tous autres, d'user d'aucunes menaces, voies de fait ni violences contre les officiers et matelots des vaisseaux pris, sous peine de punition corporelle : enjoint aux officiers des amirautés d'en informer sur la plainte qui leur en sera faite par les réclamateurs sous peine d'interdiction. » Bien que ces précautions ne puissent pas toujours empêcher les effets de la crainte ou de la haine, on a, même depuis le règlement de 1778 et l'arrêté du 2 prairial an XI, qui ne reproduisent pas les termes de l'arrêt du conseil de 1692, admis la preuve contraire aux pièces de bord, résultant des dépositions de l'équipage.

A plus forte raison peut-on admettre les dépositions des personnes étrangères à l'équipage, ce qui est loin de présenter les mêmes inconvénients (1).

352. Outre les preuves qui peuvent résulter, soit des dépositions des personnes entendues, soit des documents ou des pièces qui combattraient les énonciations de celles produites par le navire capturé, on admet aussi en cette matière des présomptions légales de fraudes qui, de plein droit, rendent le navire de bonne prise, et annulent en général la preuve qui pourrait être faite de sa neutralité et de celle de sa cargaison. « Tous vaisseaux pris, porte l'art. 3 du règlement du 26 juillet 1778, de quelque nation qu'ils soient, neutre ou alliée, desquels il est constaté qu'il y a eu des papiers jetés à la mer,

(1) Cass., 29 brum. an VII, S., 7, 2, 1123.

ou autrement supprimés ou distraits, sont déclarés de bonne prise avec leurs cargaisons, sur la seule preuve des papiers jetés à la mer, et sans qu'il soit besoin d'examiner quels étaient ces papiers, par qui ils ont été jetés, et s'il en est resté suffisamment à bord pour justifier que le navire et son chargement appartiennent à des amis ou alliés. »

Cette disposition n'est pas nouvelle. L'ordonnance de 1543, art. 43, et celle de 1584, art. 70, déclaraient de bonne prise le navire dont « le maître ou les compagnons auraient jeté la charte-partie à la mer pour en celer la vérité. » Et comme ces articles parlaient de la nécessité de rapporter aussi les « autres lettres concernant le chargement du navire », on étendit dans l'usage la disposition par laquelle ils ordonnaient la confiscation, au jet de tous les papiers concernant le chargement, et même au jet de ceux qui ne concernaient que la propriété du navire. En effet, comme le fait très-bien observer Valin (1), il n'y avait aucune raison de différence ; et, dès que la pièce jetée pouvait être utile, il était permis de supposer que le jet n'avait d'autre objet que de soustraire les preuves de la qualité du bâtiment ou des marchandises.

Mais ces dispositions ne résolvaient pas le point de savoir si, lorsqu'il se trouvait encore dans le navire des papiers susceptibles de faire connaître sa qualité neutre ou amie et celle du chargement, le jet de papiers qu'on pouvait supposer inutiles ou indifférents, autorisait encore la capture du bâtiment : l'affirmative fut résolue par une ordonnance du 5 septembre 1708.

On trouva cette disposition bien sévère ; car, quelle que fût la présomption de fraude résultant du jet à la mer, les papiers jetés pouvaient être indifférents ou inutiles, et dès lors il semblait juste que, dans le cas où leur inutilité serait prouvée, on eût égard aux papiers représentés par le capitaine, et que la prise fût relâchée si ces papiers en prouvaient la neutralité. Les commissaires du conseil des prises firent entendre des observations dans ce sens, et elles furent accueillies, ainsi qu'il résulte d'une lettre du roi à l'amiral, en date du 2 fé-

(1) Page 77.

vrier 1710. « Je suis informé, disait cette lettre, de la diversité des avis qui se rencontrent devant vous, en exécution de l'ordonnance que j'ai rendue le 5 septembre 1708, au sujet des papiers des bâtiments qui sont jetés à la mer. Ce qui cause des difficultés et de l'embarras dans le jugement des prises, vient de ce que cette ordonnance est générale et porte confiscation de toutes les prises dont on aura jeté des papiers, de quelque nature qu'ils puissent être; en sorte qu'il paraît qu'on ne peut se dispenser d'ordonner la confiscation d'une prise dont il aura été jeté des papiers, même absolument inutiles ou indifférents; ce qui cependant n'a jamais été mon intention dans cette ordonnance, ayant toujours au contraire pensé que la confiscation ne doit être ordonnée que pour les papiers qui pourraient donner quelque preuve de propriété ou de destination ennemie. Pour lever donc ces difficultés et vous laisser, et aux commissaires du conseil des prises, dans les jugements, toute la liberté que j'ai toujours eu l'intention de vous donner, je vous écris cette lettre pour vous dire que je me remets entièrement à vous et à ces commissaires d'appliquer la rigueur de cette ordonnance ou de l'interpréter suivant l'exigence des cas et des circonstances qui auront obligé de jeter les papiers des prises à la mer. »

Malgré cette lettre, le règlement sur les prises du 21 octobre 1744 reproduisit les termes de l'ordonnance du 5 septembre 1708, sans tenir compte du tempérament qui y avait été apporté. Plus tard, intervint le règlement de 1778, qui reproduisit, en les aggravant, les termes du règlement de 1744, puisqu'il attache la présomption de fraude, non-seulement au cas où il y a eu des papiers *jetés à la mer*, mais encore au cas où ces papiers ont été *autrement supprimés ou distraits*. Aussi les difficultés auxquelles avait donné lieu l'ordonnance de 1708 se représentèrent de nouveau. Mais une seconde lettre du roi à l'amiral, du 13 novembre 1779, rappela les explications données par la lettre du 2 février 1710, en autorisant les commissaires du conseil des prises à tempérer la rigueur des ordonnances pour le cas où les papiers jetés à la mer n'offriraient pas la preuve d'une propriété ou d'une destination ennemie.

Ces principes ont été appliqués par un arrêt du conseil des prises du 27 décembre 1779, qui fait main-levée de la prise du navire suédois *la Fortune*, dont le capitaine avait jeté des papiers à la mer pendant qu'on mettait les scellés à bord de la prise, par le motif qu'il fallait, pour que le jet des papiers à la mer emportât la confiscation, qu'ils fussent de nature à donner des preuves d'une propriété ennemie, et que le capitaine eût intérêt à jeter ses papiers à la mer : circonstances qui ne se présentaient pas dans l'espèce (1).

Nul doute que cette jurisprudence ne doive être suivie aujourd'hui, puisque, si le règlement de 1778 est encore en vigueur, c'est pour être entendu dans le sens que lui a attribué le pouvoir suprême duquel il est émané. Et le tempérament qui lui est apporté par la lettre du 13 novembre 1779 est d'autant plus nécessaire que, ce règlement incriminant au même degré le jet de papiers à la mer, et leur distraction ou leur suppression, il y aurait une sévérité excessive à déclarer un navire de bonne prise par cela seul que des papiers indifférents n'auraient pas été produits au capteur : on ne pourrait voir dans ce fait un détournement frauduleux, puisqu'il serait inutile. Si d'ailleurs il est presque toujours difficile de prouver qu'on n'a jeté à la mer que des papiers inutiles ou indifférents, il est au contraire toujours facile de reconnaître la nature des papiers soustraits, puisque la soustraction n'est prouvée le plus ordinairement que par la découverte qui en est faite et l'examen qui en est la suite (2).

353. Je terminerai sur ce point en rappelant, avec M. Portalis (2), que les questions de neutralité sont des questions de bonne foi, dans lesquelles il faut avoir égard au fond des choses et non pas aux apparences; et que les déclarations de bonne prise, par le défaut de telle ou telle formalité, ne sont que comminatoires, lorsque d'ailleurs la neutralité peut être prouvée et qu'il n'y a aucune fraude à reprocher au capturé.

(1) Voy. cet arrêt dans le *Code des prises* de Dufriche-Foulaine, t. I, p. 433.

(2) Voy. M. Hautefeuille, t. III, p. 254.

§ II. — *Où et quand peut être exercé le droit de prise.*

Sommaire. — 354. Prise faite dans une mer neutre. — 355. Prise faite dans un port neutre. — 356. Dans une rade fermée. — 357. Dans une rade foraine. — 358. Limites de la mer neutre. — 359. Prise du navire signalé au fanal d'un port neutre. — 360. Prise dans les rivières. — 361. En pleine mer. — 362. Du navire qui, en pleine mer, se réfugie sous le canon d'un vaisseau ou d'une flotte neutres. — 363. Prise des bâtiments échoués ou naufragés. — 364. Quand peut être exercé le droit de prise. — 365. Prise des navires ennemis qui se trouvent dans des ports ennemis au moment de la déclaration de guerre. — 366. Des navires qui se trouvent en pleine mer au moment où éclate la rupture. — 367. *Quid*, des navires neutres? — 368. *Quid*, de la contrebande de guerre? — 369. Il suffit, pour légitimer la prise, que les hostilités soient notoires. Il n'est pas nécessaire qu'il y ait déclaration de guerre. — 370. Quand cesse le droit de prise? — 371. Quand un traité de paix devient-il obligatoire? Du cas où un délai est fixé par le traité. — 372. Du cas où le traité ne fixe pas de délai pour la cessation des hostilités. — 373. Quand la paix est-elle réputée connue? — 374. Des prises faites pendant une trêve.

354. La règle générale en cette matière, et en ce qui touche le lieu où peut être exercé le droit de prise, est qu'aucune prise ne peut être faite dans les parties de la mer qui relèvent d'une puissance neutre (1). Un territoire neutre est un asile que les belligérants ne peuvent violer en y commettant des hostilités, sans manquer aux lois de l'hospitalité qui leur est accordée, et qui pourrait leur être refusée. *Pacatus utrique bellum gerentium plenissimam securitatem in suo territorio præstare debet* (2).

Cette règle est vraie, alors même que le bâtiment contre lequel on prétendrait exercer le droit de prise appartiendrait à la nation neutre dans les eaux de laquelle il se trouverait (3). Le droit que les belligérants peuvent exercer sur les bâtiments neutres suppose que ces bâtiments sont en pleine mer et en cours de voyage, parce que c'est alors seulement que les belligérants ont intérêt à en contrôler la destination. Mais, tant qu'un bâtiment neutre reste dans les eaux de son souverain, les belligérants, qui ne peuvent lui demander compte de ses

(1) Azuni, t. II, p. 77 et 284; Valin, p. 45.

(2) Samuel Cocceius, *De jure belli in amicos*, § 18. — Voy. aussi Thomasius, *De jure asylii*, dissert. 16; Hautefeuille, t. III, p. 277.

(3) Hubner, *De la saisie des bâtiments neutres*, part. I, ch. VIII, § 10.

intentions ultérieures, sont par la même raison sans qualité pour le saisir sous le prétexte de ces mêmes intentions qui ne sont pas encore manifestées.

Cette règle est encore vraie, alors même que l'attaque ou le combat auraient commencé dans une partie de la mer où la prise aurait pu avoir lieu : le vainqueur ne peut poursuivre le vaincu, ni le prendre dans une mer neutre. Le contraire a été allégué par un grand nombre d'auteurs (1), qui, comparant la guerre maritime à la chasse, soutiennent que, lorsque le combat a commencé en pleine mer, on peut poursuivre et prendre le navire ennemi jusque sous le canon d'une puissance neutre, de même qu'on peut poursuivre sur le terrain d'autrui, le gibier qu'on a commencé à chasser sur son terrain propre. « *Hostium personæ,* dit Casaregis, qui reproduit en la résumant la doctrine de ses devanciers, *et bona possunt ubique capi etiam in alienâ jurisdictione, ut de ferâ captâ in alieno agro, etiam domino agri resistente quod fiat capientium ; et propter eamdem rationem in mari quoque alteri principi subjecto deprædationes fieri possunt.* » Sans rechercher jusqu'à quel point peut être fondé le droit qu'on attribue ici au chasseur (2), il est facile de voir qu'il n'y a aucune assimilation possible entre ce droit, quelque étendu qu'on le suppose, et celui qui appartient aux belligérants. En cas de chasse, il s'élève une question de propriété du gibier tué, entre le chasseur et le propriétaire sur le terrain duquel le gibier a été tué, tandis qu'en matière de prises maritimes, il s'agit d'une question de souveraineté : or, il est de la dernière évidence que la souveraineté de l'État neutre, sous la protection duquel vient se mettre un bâtiment poursuivi, ne peut dépendre de la circonstance, qui lui est complétement étrangère, du lieu dans lequel le combat a commencé, parce que le souverain neutre n'a pas à s'occuper de ce qui s'est passé dans les parties de la mer qui ne sont

(1) Roccus, *De offic.*, tit. *De præsid. class.*, § 2, *De præd.;* A. Ponte, *De potestate proregis*, tit. XI. n. 11 ; Besoldus, *De jure territoriali*, ch. III, n. 4 ; Loccenius, *De jure marit.*, liv. I, ch. VIII, n. 10 ; Casaregis, discurs. 24, n. 11 et 173, n. 1 à 15.

(2) Voy. Merlin, *Répert.*, v° *Prises marit.*, § 4, n. 2 ; et v° *Chasse*, § 4, n. 5.

pas soumises à sa juridiction : sa juridiction saisit et protége tous ceux qui entrent sur son territoire (1).

Il n'y a même pas lieu de distinguer sur ce point si celui qui vient se réfugier sous la protection du neutre a été l'agresseur et a commencé lui-même le combat dans la pleine mer. Casaregis est encore d'une opinion contraire : *Tunc licebit,* dit-il (2), *his navibus provocatis vel oppugnatis, hostiles naves vel piraticos persequi continuo et in eos excurrere usque in mare et portum alieni principis, easdemque deprædari, quia hujusmodi persecutio et excursio non fit animo vicini et alieni territorii fines turbandi, sed vim hostis imminentem a se propulsandi; jus autem ac necessitas defensionis nullum limitem seu terminum agnoscere omnique injuriâ carere videntur.* » Mais cet illustre jurisconsulte, qui est loin d'avoir montré, dans les matières qui touchent au droit public, autant de profondeur et de perspicacité que dans celles qui touchent au droit privé, est tombé dans une erreur palpable en fondant sa solution sur les nécessités de la défense, qui, selon lui, ne connaissent pas de bornes. Tout droit a des bornes et est soumis, quant à son exercice, à des conditions hors desquelles il n'est plus qu'un abus de la force. Le droit de défense auquel peut prétendre celui qui est attaqué en pleine mer, cesse donc lorsque l'agresseur a pris la fuite et est venu se réfugier sur un territoire neutre, dans lequel aucune hostilité ne peut être exercée : et cela avec d'autant plus de raison que, celui qui fuit n'attaquant plus, la défense cesse d'être actuellement nécessaire.

Quant à celui qui serait attaqué dans les parties de la mer qui font partie d'un territoire neutre, il aurait assurément le droit de se défendre; mais je ne crois pas qu'il eût le droit de prendre, parce que la prise n'est pas une conséquence nécessaire de la défense qui, dans le cas donné, ne doit avoir pour but que de repousser une agression actuelle.

Au surplus, pour que la neutralité soit d'autant moins violée, dans le cas où deux vaisseaux ennemis l'un de l'autre se trouveraient en même temps sur une rade ou dans un port

(1) Azuni, t. II, p. 185; Valin, p. 45.
(2) Discurs. 175, n. 15.

neutre, les règlements de plusieurs États prescrivent que l'un ne puisse mettre à voile avant vingt-quatre heures depuis que l'autre aura levé l'ancre, à moins que celui qui part le dernier ne donne caution suffisante qu'il ne commettra pas d'actes d'hostilités (1). Cette mesure devrait être généralement adoptée.

355. De ce que les prises ne peuvent avoir lieu dans les parties de la mer qui relèvent d'une puissance neutre, il suit d'abord que les navires ennemis ou neutres sont indubitablement à l'abri de la prise dans un port neutre.

356. Ils sont également à l'abri de la prise lorsqu'ils se trouvent dans une rade fermée, c'est-à-dire dont l'entrée est défendue par des forts ou de l'artillerie, et dans tout l'espace de mer qui constitue la mer territoriale, et qui se mesure par la portée du canon, ainsi que nous l'avons déjà expliqué (2).

« *Aut naves inimicæ*, dit Casaregis (3), *reperiuntur intra portus, vel sub præsidiis vel arcibus maritimis alicujus principis alieni aut in mari ita vicino ut tela, tormentave muralia maritimæ arcis, illuc adigi possint : tunc citrà omne dubium dictæ naves hostiles, eoque minus naves communis amici, recognosci, visitari, deprædari sub quovis prætextu minimè valent, quia dictæ naves non minus sunt sub custodiâ et protectione talis principis, quam sunt illius subditi intrà civitatis muros existentes* (4). »

357. Mais c'est une question que de savoir si la prise, qui ne peut avoir lieu dans les ports, ou dans les rades fermées qui sont assimilées aux ports, peut avoir lieu dans une rade foraine, c'est-à-dire dans une rade ouverte et dont rien ne défend l'entrée. L'art. 1er du titre VIII du liv. V de l'ordonnance de 1681 voulait que les rades fussent libres à tous vaisseaux nationaux ou alliés, dans toute l'étendue de la domination française, et faisait défense à toutes personnes, de quelque qualité et condition qu'elles fussent, de leur apporter

(1) Voy. Règlement de la Toscane, art. 4 et 5; de Gênes, art. 2; de Venise, art. 11 et suiv. Ces règlements sont rapportés par Lampredi, part. II, § 11.

(2) Voy. *sup.*, n. 105.

(3) Discurs. 175, n. 1 à 15, 16 et suiv.

(4) Voy. aussi Hubner, *ubi sup.*; Valin, p. 45.

aucun trouble et empêchement, à peine de punition corporelle. Cet article, dans sa généralité, comprend évidemment les baies ou rades foraines, comme les baies ou rades fermées : il imposerait donc aux corsaires français l'obligation de ne faire aucune prise dans les rades foraines étrangères, afin d'avoir le droit de prétendre à la réciprocité, s'il pouvait être appliqué au cas de prise maritime. Mais je crois qu'il n'a rapport qu'à la police des côtes en temps de paix, et nullement aux droits de la guerre et de la neutralité. C'est donc ailleurs qu'il faut chercher la solution de la question.

Cette solution se trouve dans le motif sur lequel se fonde le droit du souverain des côtes, sur les rades foraines. J'ai déjà eu l'occasion d'expliquer (1) que les côtes voisines qui forment les rades, brisant les vagues et les courants, et mettant la mer qu'elles dominent à l'abri de l'impétuosité des vents, cette partie de la mer était en quelque sorte distincte de la pleine mer, et faisait partie des côtes qui la protégeaient. Par la même raison, les navires qui viennent y mouiller sont sous la protection des côtes, et conséquemment sous celle du souverain des ces côtes (2). Cependant, il est intervenu, le 19 octobre 1808, une décision du conseil des prises qui a validé une prise faite dans une rade foraine, par le motif que le bâtiment pris se trouvait hors de la portée du canon des côtes; mais je ne doute pas que ce ne soit là une fausse application d'un principe qui, vrai en lui-même, est fait pour un cas tout différent.

358. Cela nous conduit à examiner si la prise, qui ne peut être légitimement faite à portée du canon des côtes, peut être faite hors de cette portée, dans l'étendue que les lois de l'État neutre attribuent à la mer littorale. Abreu (3) et Valin (4) se

(1) Voy. *sup.*, n. 106.

(2) Hubner, *ubi sup.* — Azuni avait émis une opinion semblable dans la première édition de son *Droit maritime de l'Europe*, publiée sous le titre de *Système universel des principes du droit maritime de l'Europe*. Mais il ne l'a pas reproduite dans sa seconde édition, sans toutefois en manifester une contraire.

(3) Ch. v, n. 106.

(4) Page 45.

prononcent pour la négative; mais c'est à tort, selon moi. La mer littorale se mesure nécessairement par la portée du canon, sauf le cas où un traité, qui n'aurait d'effet qu'entre les parties contractantes, lui aurait assigné une plus grande étendue. Mais loin de là, presque tous les règlements des États neutres sur cette matière ne défendent la prise sur les mers adjacentes que dans l'espace qui se trouve sous la portée du canon (1). Il importe peu que pour l'exercice de leur juridiction en temps de paix, et pour la police de la navigation, les lois particulières des nations maritimes aient attribué à la mer littorale une étendue plus grande que celle qu'il leur est possible de défendre du rivage, parce que les lois particulières restent sans effet lorsqu'il s'agit de déterminer des droits fondés sur les lois générales qui règlent les rapports des nations (2).

359. On a prétendu, mais je ne vois pas sur quel fondement, qu'un navire ne pouvait plus être légitimement capturé après avoir été signalé au fanal d'un port neutre. Il est manifeste qu'un navire signalé au fanal d'un port ne peut être considéré comme étant déjà dans le port. Si le navire est hors de la portée du canon, le signal ne peut le protéger; s'il se trouve sous cette portée, le signal est inutile. Je ne m'explique donc pas comment la Cour de cassation a pu juger, par un arrêt du 14 ventôse an VII (3), qu'il y avait lieu d'annuler une prise faite *dans les eaux d'un port, et après que le navire avait été signalé au fanal.*

360. Enfin, un édit de juillet 1691 fait défenses aux corsaires ennemis d'entrer dans aucune rivière du royaume, sous peine, au cas qu'ils y soient pris, d'être condamnés aux galères, tant les capitaines que les gens de l'équipage, qu'ils aient une com-

(1) Voy. le Règl. pour la Toscane du 1er août 1778, art. 1; l'édit de Gênes du 1er juill. 1778; de Venise, du 9 sept. 1779, art. 9; le Règl. de la Russie du 31 sept. 1787.

(2) Voy. *loc. cit.*, *sup.*, n. 351, l'opinion conforme de Casaregis, exprimée d'ailleurs d'une manière assez obscure. — Il y a cependant une décision du Conseil des prises du 27 therm. an VIII, qui annule une prise faite hors de la portée du canon et à moins de deux lieues. Mais, dans cette affaire, la neutralité du bâtiment pris était établie, ce qui suffisait pour motiver la déclaration d'invalidité de la prise. Voy. *Code des prises,* t. II, p. 912; et S., I, 2,218.

(3) S., coll. nouv., vol. I, I, 179.

mission en guerre ou non. Sur quoi Valin (1) fait très-bien observer « que, comme les lois à cet égard doivent être réciproques, il n'est pas douteux qu'un corsaire français qui contreviendrait à celle-ci, ne fût dans le cas de subir la même peine en pays ennemi. C'est pourquoi, ajoute-t-il, ils doivent s'abstenir de faire la course en rivière, et, s'ils y faisaient des prises, nul doute qu'elles ne fussent confisquées au profit de M. l'amiral. » Nul doute donc qu'aujourd'hui elles ne fussent confisquées au profit de l'État.

361. Il suit de tout ce qui précède que les prises peuvent être faites en pleine mer, ou dans les lieux qui dépendent du territoire des États belligérants. Cela est sans difficulté à l'égard des navires ennemis (2), mais on a élevé des doutes sur ce point à l'égard des bâtiments neutres.

Suivant Hubner (3) et Steck (4), les navires neutres ne sont jamais saisissables en pleine mer, quelle que puisse être leur cargaison ou leur destination. « La règle est indubitable, dit Hubner (5), suivant les principes de la loi naturelle, et sauf convention contraire qui n'oblige que les contractants ; hors ce cas, on ne peut saisir en pleine mer les navires neutres, même chargés de prohibé de guerre ou de marchandises ennemies. On peut les visiter, mais non les saisir : les visiter pour reconnaître leur nationalité, et s'ils ne sont pas armés en course. Quant à la saisie, elle ne saurait être fondée ni sur le droit des belligérants, qui n'ont aucune juridiction sur le neutre, ni sur l'état des neutres, qui ne sont point obligés de se soumettre à la volonté des belligérants ; ni sur la neutralité, qui n'oblige pas le neutre qui navigue paisiblement en pleine mer, sans s'occuper des querelles des autres, dans un lieu où il ne peut être sujet à la juridiction des belligérants. » Hubner fait cependant deux exceptions à la règle qui, suivant lui, interdit aux belligérants de prendre les neutres en pleine mer : la première, pour le cas où les papiers du neutre, ou prétendu tel, ne sont

(1) Page 44.
(2) De Steck, *Essais*, p. 122.
(3) Part. I, ch. VIII, § 7.
(4) *Essais*, p. 122.
(5) Part. I, ch. VIII, § 8.

pas en règle; la seconde, pour le cas où des navires neutres ne se conduisent pas comme tels (1).

Azuni (2) est venu compléter ce système si contradictoire, qu'il a rendu plus logique, sinon plus juste, en le rendant plus absolu. Après avoir établi le droit qui appartient aux belligérants en cas de blocus, de défendre aux neutres l'approche des lieux bloqués et de les saisir s'ils violent cette défense, il ajoute que «de la certitude reconnue de ces principes, dérive la conséquence nécessaire que ce cas est le seul qui autorise une puissance belligérante à défendre aux négociants d'un peuple neutre le transport de certaines marchandises, ou même de toutes, dans les lieux qu'elle a fait occuper par ses troupes, mais qu'elle ne pourra s'arroger ce droit dans un autre lieu où son autorité ne serait pas établie et reconnue légitimement, encore moins dans la pleine mer, qui, étant commune à toutes les nations de l'univers, ne peut être soumise avec justice à aucun droit, même temporaire. Le droit de la guerre ne permet donc pas aux belligérants d'arrêter en pleine mer les navires neutres, de les visiter et de les confisquer. »

Il n'échappe à personne que si les bâtiments neutres ne pouvaient être saisis que dans les lieux occupés par les belligérants, c'est-à-dire en cas de siége ou de blocus, il deviendrait inutile de rechercher péniblement, comme l'ont fait tous les publicistes, quels sont les objets dont le commerce peut être réputé hostile, et autoriser la saisie des bâtiments neutres, puisqu'on sait qu'en cas de violation de blocus, on n'a aucun égard à la nature du chargement (3).

Il faut donc conclure de là, ce que Hubner semble d'ailleurs admettre, que la prise d'un neutre peut avoir lieu dans les ports, baies et parages des belligérants, même hors le cas de blocus. Il faut reconnaître de plus qu'elle peut avoir lieu même en pleine mer. En effet, si elle ne pouvait avoir lieu que dans les ports, baies et parages des belligérants, bloqués ou non bloqués, le droit des belligérants d'empêcher tout commerce

(1) Part. I, ch. VIII, § 9.
(2) T. II, p. 78 et 104.
(3) Voy. *sup.*, n. 292.

hostile deviendrait complétement illusoire, même dans les cas où son exercice serait le plus légitime, puisque les belligérants, qui ne pourraient arrêter les bâtiments neutres en pleine mer, se trouveraient dans la nécessité ou de les suivre jusque dans les parages où la prise pourrait avoir lieu, ou d'établir une sorte de blocus sur les côtes ennemies pour y saisir ceux qui en approcheraient. Sans doute la pleine mer est libre, mais à la condition de n'en pas faire un usage contraire au droit d'un tiers. Lors donc qu'un bâtiment neutre y est rencontré faisant un commerce reconnu hostile par la visite, il peut y être pris, parce qu'il ne peut se prévaloir de la liberté des mers dont il abuse. Il est bien vrai que d'après l'opinion plus logique d'Azuni, qui interdit jusqu'au droit de visite en pleine mer, on ne peut reconnaître quand un bâtiment neutre fait un commerce hostile ou pacifique. Mais il est manifeste que ce système, qui condamnerait les belligérants à s'en rapporter à un pavillon trompeur ou à garder les côtes pour en éloigner les bâtiments neutres, serait à la fois nuisible aux belligérants et aux neutres : aux belligérants, qu'il obligerait à établir des blocus onéreux ou à laisser faire un commerce hostile ; aux neutres, puisqu'en substituant le droit de blocus, qui repousse tout commerce, au simple droit de prise, qui ne peut s'exercer que contre les bâtiments qui font un commerce hostile, il atteindrait ceux qui respectent la neutralité aussi bien que ceux qui la violent.

Au surplus, Hubner, en permettant de saisir en pleine mer les navires neutres qui ne prouvent pas leur neutralité, ou qui ne se conduisent pas comme tels, a introduit une exception qui renverse son principe, puisque la saisie ou la prise d'un neutre, quelle que soit la cause qui la motive, suppose toujours ou que le neutre prétendu ne justifie pas de la qualité qu'il invoque, ou qu'en faisant un acte que le belligérant répute hostile, à tort ou à raison, il dépouille aux yeux de celui-ci sa qualité de neutre pour revêtir celle d'ennemi.

Concluons donc de là que le droit de prise peut légitimement être exercé en pleine mer, sans distinction entre le cas où

il s'exerce contre un ennemi et celui où il s'exerce contre un neutre (1).

302. Mais ce droit de prise en pleine mer souffre-t-il quelque modification lorsque le bâtiment contre lequel on entend l'exercer, vient se réfugier sous le canon d'un vaisseau ou d'une flotte neutres qui naviguent en pleine mer? La question vient de ce que le bâtiment qui navigue en pleine mer a la possession exclusive de la partie de la mer qui lui sert de mouillage et qui est nécessaire pour sa manœuvre (2). C'est ce qui a fait dire à M. le procureur général Dupin, dans le réquisitoire qu'il a prononcé devant la chambre criminelle de la Cour de cassation, à l'occasion de l'affaire du *Carlo-Alberto* (3), que le vaisseau qui vogue sur l'Océan a une sorte de territoire autour de lui, une atmosphère propre qui a pour mesure la portée de ses canons, et que si un navire poursuivi par un autre se réfugie dans ce rayon, il sera à l'abri des poursuites de l'agresseur, comme s'il était dans une rade ou dans un port neutre.

Je ne crois pas l'assimilation exacte, ni par suite que le vaisseau ou la flotte neutres puissent en pleine mer mettre à l'abri des poursuites de l'agresseur le navire qui se trouve dans le rayon mesuré par la portée de leurs canons, ou qui vient s'y réfugier. Il y a en effet cette différence entre la possession exercée par le souverain des côtes sur la mer adjacente, et celle du vaisseau qui vogue en pleine mer, sur la partie qu'il occupe, que la première est fixe et permanente, tandis que la seconde est passagère et ambulatoire. C'est cette fixité et cette permanence qui donnent naissance à la souveraineté et à la juridiction que le souverain des côtes exerce sur l'espace également fixe, permanent et déterminé qui constitue la mer littorale. Comme cet espace est toujours le même, comme chacun le connaît, ou est réputé le connaître, chacun est tenu de le respecter au même degré que le territoire de la puissance voisine, dont il est une partie intégrante et nécessaire. Au contraire, l'espace occupé par un vaisseau qui vogue en pleine mer, n'étant jamais

(1) Voy. Hautefeuille, t. III, p. 276.
(2) Voy. *sup.*, n. 104.
(3) S., XXXII, I, 577.

le même, confère un droit actuel, mais essentiellement passager, qui ne peut servir de base à aucune souveraineté et à aucune juridiction autre que celle qui est nécessaire au vaisseau pour se maintenir dans son droit de naviguer librement. La possession de la mer littorale est exclusive, en ce sens qu'elle ne peut être exercée par aucun autre de la même manière et au même titre que par le souverain des côtes. La possession d'un mouillage en pleine mer est, au contraire, essentiellement promiscue, en ce sens que si chaque bâtiment qui y navigue possède seul actuellement la partie de la mer sur laquelle il repose, il ne peut étendre sa possession à une certaine distance mesurée par la nécessité de sa défense ou de sa manœuvre, sans que cette possession soit exposée à se confondre avec celle des bâtiments qui naviguent dans les mêmes parages et à des distances rapprochées. Il suit de là que, si la flotte ou le vaisseau qui navigue en pleine mer est fondé à se plaindre de ce que le combat que se livrent deux ennemis, ou réputés tels, entrave la liberté de sa marche, et à leur intimer l'ordre de s'éloigner, il n'a pas le droit de prendre l'un ou l'autre sous sa protection, parce que la liberté de la pleine mer, qui consiste dans le droit appartenant à chacun d'en faire usage, autorise bien chacun à se maintenir dans le libre exercice de son droit, mais ne peut autoriser aucun de ceux qui y naviguent à s'attribuer le droit d'en faire la police, ou d'y exercer une juridiction quelconque, droit essentiellement exclusif, et dont la possession promiscue empêche les uns et les autres de se prévaloir. La neutralité d'un vaisseau de guerre ou d'une flotte, qui protége ce vaisseau ou cette flotte, ne peut donc s'étendre au dehors pour protéger les bâtiments ennemis ou réputés tels qui se trouvent accidentellement dans son voisinage.

Il en serait ainsi alors même que le bâtiment qui se trouverait exposé à être pris serait de la même nation que le vaisseau de guerre neutre sous la protection duquel il viendrait se mettre, à moins toutefois qu'il ne fût convoyé par ce vaisseau, ainsi que nous l'avons expliqué plus haut (1), car

(1) Voy. *sup.*, n. 320.

dans ce cas les bâtiments convoyés, n'étant pas soumis à la visite, ne peuvent, à plus forte raison, être soumis au droit de prise. Seulement, dans ce dernier cas, le vaisseau de guerre pourrait prendre fait et cause pour le bâtiment attaqué et le défendre, s'il ne lui paraissait pas justement saisissable.

363. Le droit de prise dans les ports, baies et parages des belligérants, cesse-t-il au cas de naufrage et d'échouement? En d'autres termes, une puissance belligérante a-t-elle le droit de s'emparer des bâtiments ennemis ou réputés tels qui sont jetés sur les côtes par la tempête? Bien qu'au premier abord, la générosité semble interdire au belligérant de s'emparer de l'ennemi que la tempête lui livre sans défense, cependant comme les lois de la guerre permettent de combattre à armes inégales, aucun principe de droit ne s'oppose à ce qu'un belligérant saisisse l'ennemi que la tempête lui jette au moment peut-être où il se préparait à accomplir un acte hostile, ou le neutre qui se trouve dans un cas tel qu'il puisse être réputé ennemi (1). Il est bien vrai qu'en temps de paix le souverain des côtes sur lesquelles un bâtiment a été jeté, ne peut s'attribuer aucun droit sur les effets naufragés qui continuent d'appartenir à leurs propriétaires (2). Mais en temps de guerre, c'est le droit de la guerre qui est exercé par le capteur; le naufrage n'est que l'occasion de l'exercice de ce droit: il n'en est pas le fondement. En temps de paix, au contraire, le droit que le souverain des côtes prétendrait s'attribuer sur les effets naufragés n'aurait d'autre fondement que le naufrage auquel on donnerait pour effet de dépouiller le propriétaire des choses naufragées, lesquelles, n'appartenant plus à personne, *res nullius*, tomberaient dans le domaine du souverain des terres voisines: différence essentielle qui suffit pour démontrer que ces deux solutions contraires ne sont pas contradictoires.

Notre législation française sur les bâtiments échoués ou naufragés en temps de guerre, est conforme à ces principes. C'est ce qui résulte de l'art. 26 du titre IX de l'ordonnance de 1681,

(1) Voy. l'arrêt de la Cour de cassation du 7 sept. 1832. S., XXXII, I, 577.

(2) Voy. *sup.*, n. 185.

d'une ordonnance du 12 mai 1696, et de l'art. 14 du règlement du 26 juillet 1778, confirmés par les art. 19 et 20 de l'arrêté des consuls du 6 germinal an VIII, qui soumettent aux mêmes règles que les prises ordinaires, celles des bâtiments échoués sur les côtes des possessions françaises.

Il suit de là que, si le bâtiment échoué est de fabrique ennemie, ou a eu originairement un propriétaire ennemi, il doit être confisqué à moins qu'il ne prouve, par titre authentique qu'il en a été fait vente à un sujet neutre; et que les bâtiments prétendus neutres et leur cargaison doivent, en cas d'échouement ou de naufrage, faire preuve de leur qualité neutre, le tout comme dans le cas de prise ordinaire, avec cette différence toutefois, spécialement indiquée par l'ordonnance précitée du 12 mai 1696, qu'il n'est pas absolument nécessaire que les papiers desquels résultent ces différentes preuves soient trouvés à bord du navire: lorsque ces papiers se sont perdus à l'occasion de la tempête, et par le malheur du naufrage, les réclamateurs sont seulement tenus de rapporter une double expédition des pièces nécessaires, pourvu que le capitaine ou le commandant du vaisseau aient d'abord déclaré la perte des papiers et que l'état du navire et les circonstances de l'échouement puissent la faire présumer.

Il est au surplus à observer que les bâtiments échoués ou naufragés ne peuvent être pris par les corsaires ou armateurs, ou du moins que, pris par eux, la prise ne leur profite pas. C'est ce qui résulte de l'art. 26 du titre IX de l'ordonnance de 1681, qui porte que « les effets échoués ou naufragés appartenant aux ennemis de l'État sont confisqués au profit du roi » ; disposition qui a été confirmée par toutes les lois postérieures. Aussi est-ce à l'administration de la marine qu'il appartient d'en faire le sauvetage, dont le produit, après vente, est versé, soit dans la caisse des invalides de la marine, s'il s'agit d'un échouement fortuit, soit dans celle du trésor public, s'il s'agit d'un échouement volontaire effectué pour tenter une introduction frauduleuse de marchandises étrangères (1).

(1) Décr. du 30 nov. 1811 ; M. Merlin, *Répert.*, v° *Naufrage*, n. 10.

364. Après avoir expliqué dans quels lieux peuvent être faites les prises, il reste à examiner dans quel temps le droit de prise peut être exercé.

Il est d'abord certain que ce droit ne peut être exercé que pendant la guerre ; mais la difficulté est de savoir à quel moment la guerre est réputée commencée, et à quel moment elle est réputée terminée, quant au droit de prise ; en d'autres termes, si ce droit prend naissance partout et pour tous à l'instant même où la guerre est déclarée ; et s'il cesse également partout et pour tous à l'instant même où la guerre est, soit suspendue par des préliminaires, soit terminée par un traité de paix. De là naissent plusieurs questions, dont les unes sont résolues par l'application des principes déjà posés, tandis que les autres demandent quelques explications nouvelles.

365. Ainsi, nous avons déjà vu qu'un État belligérant ne peut saisir dans ses ports les bâtiments ennemis qui s'y trouvent au moment de la déclaration de guerre (1). On doit donc leur assigner un délai suffisant pour se retirer, délai qui est stipulé dans la plupart des traités de paix (2). « Les sujets, dit M. de Steck (3), qui sous la foi des traités, du droit des gens et de la paix, naviguent et font leur commerce, ne peuvent pas justement souffrir de la mésintelligence établie entre les cabinets des deux cours, avant qu'elle soit connue. Les déclarations de guerre ne sont établies et adoptées par le droit des gens, que pour faire connaître aux peuples les querelles de leurs souverains, pour les avertir de l'état de guerre, et les prévenir que leurs personnes et leurs fortunes ont un ennemi à craindre. Sans cette déclaration convenue, il n'y aurait point de sûreté publique : chaque individu serait en danger ou en crainte au moment qu'il sortirait des limites de sa nation, ou qu'il entrerait dans un port étranger. »

Cependant, l'usage général de l'Europe a été longtemps contraire, et toute puissance qui déclarait la guerre à une autre,

(1) Voy. *sup.*, n. 138; Azuni, t. II, p. 287.

(2) Voy. l'art. 19 du traité d'Utrecht; l'art 2 du traité du 26 sept. 1786, entre la France et l'Angleterre; l'art. 45 du traité de 1787 entre la France et la Russie.

(3) *Essais*, p. 28.

faisait le plus ordinairement saisir dans ses ports tous les bâtiments qui appartenaient à celle-ci ou à ses sujets. Il n'eût pas toujours été prudent, en pareille circonstance, de se fier aux traités qui imposaient des devoirs plus conformes au droit des gens.

Ce qui, d'ailleurs, explique et justifie jusqu'à un certain point cette manière d'agir, c'est que celui même des belligérants qui improuverait cet usage pourrait craindre que son ennemi fût moins scrupuleux. Alors il commence par prendre, pour n'être pas seul à être pris. C'est là une mesure de précaution, une sorte de représaille anticipée à laquelle on se croit presque toujours obligé de recourir (1). Mais, dans ce cas, il est du devoir du souverain qui n'a agi ainsi que dans l'éventualité d'un traitement semblable, de relâcher les bâtiments qu'il a arrêtés, si pareil traitement n'a pas été exercé vis-à-vis des bâtiments de sa nation; ou, si ce traitement a été exercé de part et d'autre, de proposer une mise en liberté réciproque, et de ne retenir les bâtiments capturés qu'autant que cette proposition ne serait pas agréée (2).

366. Si les vrais principes du droit des gens s'opposent à ce qu'on puisse saisir les navires qui se trouvent dans un port ennemi au moment de la déclaration de guerre, il doit en être de même pour les bâtiments qui se trouvent en pleine mer au moment où la rupture éclate, ou qui arrivent dans un port ennemi avant que la rupture ait pu parvenir à leur connaissance (3). On doit accorder aux uns et aux autres un temps suffisant pour se retirer, passé lequel, s'ils sont trouvés en mer, ils sont présumés s'être volontairement exposés aux chances de prise qui résultent de l'état de guerre. Tels sont du reste les principes qui ont été suivis par la France dans la guerre d'Orient, dans la guerre d'Italie et dans la guerre avec l'Allemagne (4).

367. Les règles applicables aux ennemis sont à plus forte

(1) Voy. de Steck, *Essais*, p. 30; Azuni, t. I, p. 287.

(2) Voy. lettre du roi à l'amiral, du 20 juin 1744, *C. des pr.*, t. I, p. 231.

(3) Voy. de Steck, *ibid.*, p. 28; et Azuni, *ibid.*

(4) Voy. la déclaration du 27 mars 1854, *Bull. off.*, 153, n. 1266. — Voy. aussi Hautefeuille, t. III, p. 284.

raison applicables aux neutres ou à leurs marchandises. Ainsi les États qui se croient en droit de confisquer les marchandises neutres sur bâtiment ennemi, ou les marchandises ennemies sous pavillon neutre, ne peuvent opérer ces saisies lorsque les chargements ont été opérés avant que les chargeurs ou les maîtres des bâtiments aient eu connaissance de la rupture ou de la déclaration de guerre. Si l'on veut interdire aux neutres la faculté de faire en temps de guerre ce qu'ils ont la faculté de faire en temps de paix, il faut au moins, pour qu'ils puissent s'abtenir du fait considéré comme hostile par les belligérants, que l'état de guerre leur soit notoire, ou puisse être présumé tel d'après le temps qui s'est écoulé depuis la rupture (1). Aussi un délai pour la prise des bâtiments neutres ou de leurs marchandises a-t-il été fixé par plusieurs traités (2).

368. Doit-il en être ainsi des marchandises de contrebande de guerre ? Je ne le pense pas. Outre l'acte hostile qu'il y a en général à reprocher au neutre qui transporte ces marchandises à l'un des belligérants, il y a dans le transport seul un fait que l'autre belligérant a intérêt à empêcher, puisque ce transport fortifie directement son ennemi, et lui fournit les moyens de soutenir la guerre. Il peut donc arrêter la contrebande de guerre sous pavillon neutre, quoique le neutre qui ignorait la déclaration de guerre ne commette pas un acte hostile ; mais, en l'arrêtant, il ne peut la confisquer, parce que la confiscation est la peine d'une faute, et que le neutre n'en a pas commis. Il n'a d'autre droit que de s'en emparer en payant la valeur et le fret convenus. Heineccius semble d'un avis contraire (3) et paraît accorder le droit de confiscation des marchandises de contrebande, même lorsque le neutre n'avait pas connaissance de l'état de guerre ; mais je crois cette opinion réfutée par les motifs que je viens d'énoncer (4).

Au surplus, en ce qui concerne la preuve de la neutralité, soit des bâtiments, soit des cargaisons, il est manifeste, ainsi

(1) Voy. Galliani, p. 260; Azuni, t. II, p. 252.

(2) Voy. traités de 1677 entre la France et l'Angleterre; entre la France et la Hollande, de 1678.

(3) *De nav. ob vect. vet. merc. comm.*, § 18, 19 et 20 *passim*.

(4) V. Hautefeuille, t. III, p. 284.

que j'ai déjà eu l'occasion de le faire remarquer (1), que les capteurs doivent se montrer beaucoup moins sévères lorsqu'il s'agit de navires qui ont pris la mer avant la rupture de la paix, ou avant que cette rupture pût être connue des propriétaires et des chargeurs.

369. J'ajouterai, comme observation générale et qui s'applique à tous les cas où il y a lieu de savoir si les ennemis ou les neutres sont présumés avoir eu connaissance de l'état de guerre, qu'il n'est pas nécessaire, pour que cette présomption existe, qu'il y ait eu une déclaration de guerre. Il suffit que la guerre ait éclaté de fait, et que les hostilités soient notoires. Les docteurs examinent fort longuement la question de savoir si, pour qu'une guerre soit juste, il faut qu'elle ait été préalablement déclarée : « *An ut bellum sit legitimum, indictio belli sit necessaria.* » Au milieu de leurs systèmes divers (2), je serais assez porté à croire, avec Bynkerhsoëck et Thomasius (3), que les déclarations de guerre sont plutôt un office d'humanité qu'un devoir rigoureux. « *Christianus Thomasius*, dit Bynkershoëck, *belli indictionem rectè mihi videtur referre ad sola officia humanitatis ad quæ præstanda nemo unus cogi potest.* » Mais, quoi qu'il en soit de cette question, comme en temps de guerre c'est le fait plutôt que le droit qui doit déterminer les précautions à prendre par les ennemis aussi bien que par les neutres, il faut en conclure que, lorsque la guerre existe de fait et qu'ils en ont connaissance, ni les uns ni les autres ne seraient admis à se prévaloir du défaut de déclaration de guerre pour réclamer contre les hostilités dont ils sont victimes.

370. Les difficultés qui naissent au début de la guerre se représentent quand elle prend fin ; et de même que, lorsque la guerre commence, la prise n'est valable qu'autant que le capturé a eu en temps utile connaissance de l'état de guerre, de

(1) Voy. *sup.*, n. 349.

(2) Voy. Alb. Gentilis, *De jure belli*, liv. II. ch. I ; Grotius, liv. III, ch. III, § 6, n. 1 ; Puffendorf, liv. VIII, ch. VI, §§ 9 et 15 ; Huber, *De jure civ.*, liv. III, sect. IV, ch. IV, n. 27 ; Zacchæus, *De jure feciali*, part. II, sect. X ; Hertius, *Ad Puffendorf* ; Bynkershoëck, *Quæst. jur. publ.*, liv. I, ch. II.

(3) Ad Huberum, *De jure civ.*, *loc. cit.*

même réciproquement lorsque la guerre finit, une prise n'est valablement faite qu'autant que le capteur n'a pas eu connaissance réelle ou présumée de l'état de paix.

371. Lorsque la paix est conclue, la connaissance ne peut en arriver aussitôt ni en même temps à tous ceux qu'elle intéresse activement et passivement. Il n'est donc pas possible que les hostilités cessent partout au moment même de la conclusion de la paix, et que les corsaires qui courent la mer s'abstiennent de faire des prises pour se conformer à un état de choses qu'ils ignorent. Aussi est-il d'usage, dans les traités de paix, de stipuler un temps, suivant la distance des lieux, après lequel les prises faites de part et d'autre sont déclarées nulles et sujettes à restitution. Il ne saurait être douteux que cette stipulation annule les prises faites après le temps prescrit, alors même que le capteur n'aurait pas eu connaissance de la paix (1), puisque, si cette annulation ne devait pas être la conséquence de l'expiration du terme, il deviendrait complétement inutile de déterminer un délai.

Il ne saurait non plus être douteux, par la même raison, que les prises faites avant l'expiration du délai, par un corsaire qui n'avait pas connaissance de l'état de paix, ne soient valables. Et je ne pense point, contrairement au sentiment d'Hubner (2), qu'il y ait lieu de distinguer sur ce point entre les ennemis et les neutres (3), et que ces derniers ne puissent plus être valablement saisis dès que la paix est signée, puisque c'est leur état d'hostilité qui les rend saisissables, et que, tant que la paix n'est pas connue, ceux de leurs actes qui font qu'ils sont de bonne prise, ont conservé une apparence hostile qui suffit pour légitimer les prises faites de bonne foi.

Mais il y a plus de doute sur le point de savoir si la prise faite avant l'expiration du délai fixé doit être annulée, lorsqu'au moment de la prise le capteur avait connaissance de la paix. Sur ce point, j'adopte l'opinion de Valin (4), qui se pro-

(1) Valin, *Des prises*. p. 46; Azuni, t, II, p, 294; Émérigon, *Des assurances*, ch. XIII, sect. XIX; *Contrà*, d'Abreu, part. II, ch. XI, p. 96.

(2) T. II, part. I, ch. IV, § 10.

(3) Valin, p. 47.

(4) *Ubi sup.*

nonce pour la nullité de la prise, «parce que les délais ne sont stipulés que pour suppléer au défaut de connaissance de la paix, par ailleurs, dans le temps intermédiaire ; » et « si, comme le dit fort bien Émérigon (1), la connaissance présumée de l'échéance du terme opère la nullité de la prise, à plus forte raison, la connaissance positive doit produire le même effet (2). » Cependant l'opinion contraire a été mise en avant par M. Bonnemant, dans les notes dont il a accompagné sa traduction du *Traité des prises* du chevalier d'Abreu (3). Suivant cet auteur, quand un traité porte un temps déterminé à l'expiration duquel les hostilités sur mer doivent cesser, il faut s'en tenir à ce qui a été convenu : *pacta sunt servanda*. Cela serait vrai si la stipulation du terme avait pour objet direct d'autoriser expressément les prises pendant un certain délai, au lieu d'avoir pour objet direct de les faire considérer comme nulles faites après un certain délai. Dans ce dernier cas, en effet, le pacte porte plutôt sur la nullité des prises faites après l'expiration du délai, que sur la validité de celles qui sont faites avant cette expiration ; de telle sorte qu'il résulte bien du traité que les prises postérieures à l'expiration du délai sont nulles de plein droit, mais non pas que celles qui sont antérieures soient nécessairement valables. Autrement, il faudrait arriver à reconnaître que même après la paix notifiée dans tous les ports, des corsaires pourraient encore se mettre en mer tant que les délais ne seraient pas expirés, et courir sur les bâtiments auxquels la connaissance acquise de la paix inspirerait une sécurité fatale : ce qui n'est certainement pas admissible (4).

Toute prise faite par un corsaire qui a connaissance de la conclusion de la paix est donc nulle, alors même qu'elle a eu lieu avant l'expiration des délais prescrits pour la cessation des hostilités. Valin décide même avec raison que, dans ce cas, le capteur est tenu de payer des dommages-intérêts au capturé (5).

(1) *Ubi sup.*
(2) Voy. aussi Azuni, t. II, p, 296.
(3) T. II, p. 147.
(4) Hautefeuille, t. III, p. 293.
(5) *Ubi sup.*

Remarquons qu'il y a exception à cette règle et que la prise est valable si le navire pris a été l'agresseur ; il a voulu continuer la guerre, on doit donc lui en appliquer les lois.

372. Il peut arriver qu'un traité de paix ne fixe pas de terme pour son exécution et la cessation des hostilités ; et comme il faut cependant que les hostilités aient un terme, la question est de savoir si elles doivent cesser de droit aussitôt que le traité a été conclu et signé, de telle sorte que tout ce qui peut avoir été pris depuis soit restitué; ou si, au contraire, les prises postérieures au traité ne sont nulles qu'autant que le capteur avait connaissance de la paix au moment de l'arrestation. Mon avis est que toutes les prises postérieures au traité sont nulles, ou, pour parler plus exactement, restituables, alors même que le capteur n'aurait pas eu connaissance de la paix, parce que, en ne fixant pas de terme pour l'exécution de leur engagement, les parties belligérantes ont nécessairement entendu que leur engagement serait exécuté aussitôt qu'il serait conclu (1). On opposerait vainement, avec le chevalier d'Abreu (2), que les armateurs autorisés à s'emparer des biens de l'ennemi sont en droit de continuer leurs courses tant qu'ils ignorent la paix; que les commissions que le souverain leur a délivrées doivent avoir leur effet jusqu'à ce qu'elles soient révoquées, et que la révocation ou le contre-ordre qui résulte de la paix, constitue à l'égard de l'armateur une loi nouvelle qu'il n'est tenu d'observer que lorsqu'il la connaît, et qu'il n'est pas censé enfreindre tant qu'il ne la connaît pas. — Il y a sans doute là quelque chose de vrai, en ce sens que le corsaire qui fait une prise dans l'ignorance de la paix conclue, ne commet aucune faute; mais tout ce qu'on peut en conclure, c'est que ce corsaire n'est pas tenu des dommages-intérêts du capturé ; on aurait tort d'en conclure de plus que la prise ne doit pas être restituée. En effet, à défaut de stipulation d'un terme, toute convention oblige les contractants aussitôt qu'elle a été conclue : c'est là un principe de droit commun. Le

(1) Valin, *Des prises*, p. 46, Azuni, t. II, p. 293; Vattel, liv. IV, ch. III, p. 24; Hautefeuille, t. III, p. 289.

(2) *Traité des prises*, part. II, ch. II, § 3.

traité de paix, sans stipulation d'un terme pour son exécution, oblige donc les parties contractantes, c'est-à-dire les souverains, aussitôt qu'il a été conclu. Dès ce moment aussi, le souverain est obligé d'en procurer l'exécution de la part de ses sujets ; et comme ses sujets ne font des prises que sous son autorisation, et que cette autorisation, qui est subordonnée à l'état de guerre, leur est virtuellement et nécessairement retirée dès que cet état de guerre n'existe plus, il en résulte que si, dans l'ignorance de la paix, les corsaires ont fait des prises, ils n'ont pu en acquérir la propriété, ni pour eux ni pour leur souverain. On doit, en pareille occurrence, réparer tout ce qui est réparable en causant le moins de tort possible à ceux qui n'ont aucune faute à se reprocher; remettre, autant que faire se peut, les choses dans leur premier état, et pour cela ordonner la restitution de la prise. Le capteur, dans ce cas, supporte assurément une perte ; mais cette perte est pour lui *lucrum cessans* et non *damnum emergens;* de son côté, le capturé, si son voyage a été interrompu, si les opérations qu'il méditait sont manquées, retrouve du moins son navire et ses marchandises. Il y a donc compensation aussi exacte que possible des suites d'un accident inévitable (1).

Au surplus, en supposant que les prises faites après un traité de paix qui ne fixe aucun terme pour son exécution soient valables lorsque le capteur n'avait pas connaissance de la paix, il n'est pas douteux que, dans ce même cas, elles seraient nulles si le capteur en avait eu connaissance. Ici ne pourrait pas se représenter la question que j'ai examinée tout à l'heure dans la supposition d'un délai fixé pour la cessation des hostilités, puisqu'en définitive il faut bien, comme je viens de le dire, que les hostilités aient un terme.

373. Il reste à savoir maintenant quand, dans les différentes hypothèses qui précèdent, le capteur doit être réputé avoir connaissance de la conclusion de la paix, de sorte que la prise par lui faite soit nulle à raison de cette connaissance; en d'autres termes, ce qu'on doit entendre par connaissance

(1) Hautefeuille, t. III, p. 291.

de la paix. « Les auteurs en parlent, mais aucun ne le définit, » disait M. Collet-Descotils au Conseil des prises le 2 floréal an XI, dans ses conclusions sur la capture du bâtiment anglais *le Porcher* par le corsaire français *la Bellone*, faite postérieurement à la paix d'Amiens. « Je vais donc tâcher, ajoutait-il, de le faire d'après les principes de la raison, et de suppléer par là au silence qu'ils gardent sur ce point. — La connaissance dont il s'agit doit être certaine, assurée, indubitable ; doit émaner médiatement ou immédiatement de la puissance à laquelle appartient l'armateur, ou, si l'on veut, de l'une ou de l'autre des deux puissances contractantes. Cette connaissance doit être telle qu'elle prévienne ou dissipe tous les doutes, toutes les incertitudes, toutes les craintes, tous les dangers que pourrait courir le corsaire; elle doit, en même temps qu'elle paralyse les lettres de marque, qu'elle impose au corsaire le devoir de s'abstenir de toutes hostilités, le mettre lui-même à l'abri de la capture ; elle doit enfin être transmise par des pièces authentiques et légales qui prémunissent le corsaire contre le danger, en se retirant dans un des ports de sa nation, d'être pris par quelque navire ennemi, non encore informé de la conclusion de la paix (1). »

Je crois qu'il n'y a rien à ajouter à cette définition ou description. Il en résulte que la connaissance que le capteur doit avoir de la paix ne saurait résulter de la déclaration que le navire capturé lui ferait au moment de la prise, à moins que cette déclaration ne fût appuyée de preuves authentiques, puisqu'une simple déclaration serait nécessairement suspecte et ne mériterait aucune foi (2).

374. Tout ce qui vient d'être dit relativement aux traités de paix, s'applique également aux trêves qui suspendent les hostilités (3), et aux préliminaires qui les font cesser, en attendant la conclusion définitive d'un traité de paix dont les bases sont déjà arrêtées.

(1) Voy. sur ce point les décisions du Conseil des prises des 2 et 14 floréal an XI, S., 3, 2, 15.

(2) Valin, p. 47.

(3) Vattel, liv. III, ch. XVI, § 239.

§ III. — *Formalités des prises.*

Sommaire. — 375. Principal objet des formalités des prises. — 376. Coup de semonce. — 377. Pavillon. — 378. Saisie des papiers. — 379. Scellés. Mesures répressives, Pillage. — 380. Défense de couler le navire à fond ou de le brûler. — 381. Conduite de la prise dans le port d'armement. Distinction. — 382. Conduite dans un autre port. — 383. Conducteur des prises. — 384. Rapport du capitaine ou du conducteur. — 385. Prises faites par des bâtiments de guerre. — 386. Transition.

375. J'arrive maintenant aux formalités de la prise. Ces formalités étant presque toutes purement réglementaires, je me bornerai à les indiquer en masse, sans entrer dans aucun détail, renvoyant pour cela aux art. 59 et suivants de l'arrêté du 2 prairial an XI (1) ; et à faire observer que ces formalités ont presque toutes pour objet principal d'empêcher les capteurs de pouvoir céler la prise dans le but de la soustraire au contrôle de l'autorité supérieure.

376. Nous avons déjà vu, en traitant du droit de visite (2), que tout corsaire qui veut soumettre à la visite les bâtiments neutres qu'il rencontre, est tenu, après s'être arrêté hors de la portée du canon, de tirer le coup de semonce, pour les prévenir de ses intentions et les sommer de s'arrêter. Mais cette formalité n'est nécessaire qu'à l'égard des bâtiments neutres, qu'on ne peut arrêter qu'après avoir préalablement constaté par la visite leur état d'hostilité. Quant aux bâtiments portant pavillon ennemi, on peut immédiatement courir sus sans les semoncer.

377. Seulement, dans ce cas, comme dans le cas de visite des bâtiments neutres, les corsaires sont tenus d'arborer le pavillon national avant de tirer sur le bâtiment chassé, sous peine d'être privés de tout le produit de la prise, qui est confisquée au profit de l'État (3).

378. Aussitôt après la prise du navire, ennemi ou neutre, les capitaines capteurs doivent se saisir de tous les papiers, et

(1) Voy. aussi *Dict. du content. comm.*, v[is] *Prises marit.*, n. 88 et suiv. ; et *Armement en course*, n. 61 et suiv.

(2) *Sup.*, n. 311.

(3) Arr. 2. prair. an XI, art. 33.

les mettre dans un coffre ou sac en présence du capitaine capturé, qui est interpellé de le sceller de son cachet (1) : formalité qu'on n'a pas toujours rigoureusement observée (2), et dont l'omission est cependant d'autant plus dangereuse qu'il a été jugé que, lorsqu'après la prise d'un navire les capteurs se sont saisis des pièces de bord et les ont déposées dans un coffre ou sac, sans interpeller le capitaine capturé de le sceller de son cachet, la prise doit être déclarée nulle, si le capitaine pris soutient qu'il était muni, au moment de la capture, de toutes les pièces justificatives de sa neutralité (3).

379. Les capteurs doivent aussi faire fermer les écoutilles et autres lieux du bâtiment où il y a des marchandises (4); s'interdire toutes violences contre les bâtiments qui se soumettent; défendre le pillage, ou la soustraction des effets ou papiers, sous des peines fort graves (5); ce qui n'empêche pas qu'il ne soit passé en usage de permettre aux officiers et matelots du corsaire capteur de se saisir des habits et des armes des officiers de leur grade et des matelots de la prise (6); coutume sauvage qui suffirait à elle seule pour révéler les mauvais instincts qui se cachent souvent sous de trompeuses apparences, et pour prouver que la course maritime est fille de la piraterie. On se rappelle alors, malgré soi, qu'il fut un temps où les équipages des corsaires juraient « sur le pain, le vin et le sel, devant un prêtre, que de tout ce qu'ils pourraient prendre et dérober des prises, soit en or, argent monnayé ou autre, perles, bijoux et autres choses de valeur, ils n'en révéleraient ni diraient aucune chose à justice, aux propriétaires armateurs ni autres, et qu'ils en feraient le partage entre eux (7). » Ce serment fut proscrit par l'ordonnance de 1543, art. 26, et par celle de 1548, art. 40 (moins dans l'intérêt de la morale

(1) Arr. 2 prair. an XI, art. 59; règl. 25 nov. 1693.

(2) Valin, p. 116.

(3) Décis. du Cons. des prises du 23 flor. an VII, S., 7, 2, 1131.

(4) Arr. 2 prair. an XI, art. 62.

(5) *Ibid.*, art 60 et 64.

(6) Grotius, liv. III, ch. XI, § 24, n. 4 ; Valin, p. 166 ; Martens, *Des armateurs*, § 22.

(7) Valin, p. 165.

que dans l'intérêt des armateurs, puisque c'est la course qu'il eût fallu défendre), avec injonction à tous corsaires de représenter tout ce qui faisait partie de la prise aux officiers de l'amirauté, sous peine de confiscation de corps et de biens, et défenses aux prêtres de recevoir à l'avenir de pareils serments, sous peine de prison et d'être poursuivis extraordinairement. Le serment a donc disparu ; mais il est des choses qu'on fait sans avoir besoin de s'engager par serment à les faire, et qu'il faudrait plutôt s'engager à ne pas faire, si un pareil engagement pouvait tenir devant un intérêt contraire. Quand une fois on a réveillé les mauvais penchants de la nature humaine, et qu'on leur a lâché la bride, il n'est pas aisé de s'en rendre maître.

380. Il est à plus forte raison défendu de couler à fond le bâtiment pris (1) dans le but de céler la prise ; ou de le brûler, sous peine de mort. Cependant, suivant Valin (2) ; il faut brûler la prise lorsqu'on ne peut s'en charger, par suite de circonstances impérieuses ou des nécessités de la défense (3). On peut citer deux exemples récents de l'usage de cette faculté exceptionnelle.

Pendant la guerre de Crimée deux caboteurs russes capturés par des batiments de guerre français furent coulés (4); et dans la dernière guerre avec l'Allemagne deux bâtiments allemands, le *Ludwig* et le *Vorwarts*, capturés par le bâtiment de guerre français *le Desaix*, furent détruits avec leurs cargaisons sur l'ordre du commandant du bâtiment capteur, « par le motif, dit la décision du conseil d'État qui a statué sur les réclamations auxquelles cette prise a donné lieu, que la sécurité de ce bâtiment ne permettait pas, à raison du grand nombre de prisonniers à bord, de détacher une partie des hommes de l'équipage pour conduire les prises dans un port de France (5). »

(1) Ord. 1681, tit. *Des prises,* art. 18 ; arr. 2 prair. an XI, art. 64.
(2) P. 125.
(3) Pistoye et Duverdy, t. I, p. 272 ; Bluntschli, § 672 ; Calvo, § 1242.
(4) Voy. le Moniteur du 21 mai 1854.
(5) Décret du 16 mars 1872.

Cette même décision reconnaît en outre la légitimité de la destruction de la cargaison neutre, en même temps que celle du navire ennemi qui la porte, quand elle a eu lieu par suite des faits de guerre qui ont accompagné ou suivi la capture. Et, à cet égard, un auteur (1) fait remarquer avec raison que les belligérants, bien que la marchandise neutre ne soit pas saisissable sous pavillon ennemi, ne peuvent être gênés dans leurs opérations, et dans l'emploi des moyens hostiles contre un ennemi par la présence à bord de marchandises neutres, et par la crainte de les détruire ou de les endommager.

381. Enfin, le capteur est tenu d'amener ou d'envoyer la prise dans le port où il a armé (2). Ceci demande quelques explications.

S'il s'agit d'un bâtiment ennemi ou d'un bâtiment neutre qui soient entièrement sujets à confiscation, y compris leur chargement, le capteur est tenu d'amener ou d'envoyer le navire avec sa cargaison, sauf le cas où la prise serait relachée par composition et moyennant rançon, ainsi que nous l'expliquerons bientôt.

S'il s'agit d'un bâtiment ennemi dont la cargaison ne soit pas confiscable à raison de sa neutralité (3), le bâtiment pris doit être conduit ou envoyé, comme il vient d'être dit, sauf à relâcher les marchandises aussitôt leur arrivée au port, ou plus tôt si le moyen s'en présente et si le capitaine du bâtiment capturé en fait la réquisition.

Si au contraire il s'agit d'un bâtiment neutre, dont la cargaison soit confiscable en tout ou en partie (4), et si ce bâtiment offre de céder cette partie, il doit être relâché de suite, et les objets confiscables doivent seuls être enlevés par le capteur et conduits au port, à moins toutefois que le vaisseau capteur ne puisse contenir ces objets, auquel cas il peut amener le bâtiment capturé, sauf à le relâcher aussitôt après le déchargement de la cargaison confiscable (5).

(1) M. Calvo, t. II, § 1242.
(2) Arr. 2 prair. an XI, art. 61 et 64.
(3) Voy, *sup.*, sect. II, § 3, art. 1.
(4) Voy. *sup.*, *ibid.*
(5) Martens, *Des armateurs*, § 24.

Si le bâtiment capturé se refuse à céder la cargaison confiscable, le capteur doit encore amener le tout, et relâcher ensuite le bâtiment, comme dans le cas qui précède, aussitôt le déchargement opéré (1).

Dans tous les cas où les preneurs, ne pouvant se charger du vaisseau pris ni de l'équipage, enlèvent seulement les marchandises, ils sont tenus de se saisir des papiers et d'amener au moins deux des principaux officiers, à peine d'être privés de ce qui pourrait leur appartenir dans la prise (2). Ce droit de faire prisonniers l'équipage et les officiers du bâtiment capturé est incontestable quand ce bâtiment est ennemi, parce que les marins, lors même qu'ils montent un bâtiment de commerce, font partie des forces navales de l'État auquel ils appartiennent (3).

382. Aux termes de l'art. 61 de l'arrêté du 2 prairial an XI, les capitaines qui ont fait des prises à la mer doivent les amener ou envoyer, autant qu'il est possible, au port où ils ont armé ; s'il sont forcés, par des causes majeures, de conduire ou d'envoyer leurs prises dans quelque autre port, ils sont tenus d'en prévenir immédiatement les armateurs. Cette disposition, qui reproduit celle de l'art. 17 de l'ordonnance de 1681, titre *des Prises*, et, en remontant plus loin, des ordonnances de 1543, art. 28. et de 1548, art. 43, a été introduite principalement dans l'intérêt des armateurs, afin qu'ils puissent surveiller les prises faites par leurs corsaires.

Mais, dit Valin (4), comme il y aurait le plus souvent trop de danger à vouloir remplir exactement l'obligation de mener la prise dans le port de l'armement, l'usage s'est introduit depuis longtemps, et même du consentement des armateurs, d'amener ou d'envoyer les prises dans le premier port du

(1) Hubner, t. II, § 295 ; Martens, *ubi sup.*

(2) Arr. 2 prair. an XI, art. 61 ; ord. de 1681, tit. *Des prises*, art. 19 ; décis. du Cons. des prises du 19 therm. an VIII, S., 2, 2, 469.

(3) Ce point, contesté dans la dernière guerre par la Prusse, a été victorieusement établi par la circulaire de M. de Chaudordy aux agences diplomatiques de la France à l'étranger. — Voy. aussi Pistoye et Duverdy, t. I, p. 266.

(4) P. 119.

royaume où l'on pourra aborder; et si la tempête ou la crainte de l'ennemi fait préférer quelque port étranger, il n'y aura rien à imputer au capitaine du corsaire ou au chef de la prise, pourvu qu'il donne avis, sans délai, au directeur de l'armement, de son arrivée dans le port où la prise aura relâché, et que là il attende les ordres que lui donnera ce directeur.

L'art. 14 du même titre de l'ordonnance de 1681 veut qu'aucun vaisseau pris par capitaines ayant commission étrangère ne puisse demeurer plus de vingt-quatre heures dans les ports et havres de la domination française, s'il n'est retenu par tempête, ou si la prise n'a été faite sur les ennemis de l'État. Mais aucune loi ne défend, réciproquement, aux corsaires français, de séjourner plus de vingt-quatre heures dans les ports étrangers ou neutres dans lesquels ils ont relâché. Ils y sont même implicitement autorisés par l'art. 23 de la loi du 6 germinal an VIII, qui, comme on le verra plus tard, règle la compétence pour le jugement des prises conduites dans les ports étrangers.

383. Lorsque les capitaines capteurs ne veulent pas amener eux-mêmes les prises qu'ils ont faites, ils peuvent les envoyer sous la conduite d'un chef conducteur de prise, muni d'une commission délivrée à cet effet au capitaine avec la lettre de marque (1).

384. Aussitôt que la prise a été amenée dans un port ou rade de France, le capitaine ou le chef conducteur est tenu de faire son rapport à l'administration de la marine, qui procède au jugement de la prise comme nous l'expliquerons dans un prochain paragraphe.

385. Dans la dernière guerre d'Orient, où les belligérants n'avaient pas autorisé les armements en course, des instructions annexées à une convention du 10 mars 1854, entre la France et l'Angleterre sur le jugement et le partage des prises, ont réglé la manière de procéder et les devoirs des bâtiments capteurs.

386. Avant de nous occuper du jugement des prises, et pour compléter ce qui regarde les formalités de la capture, il faut

(1) Arr. 3 prair. an XI, art. 13.

entrer dans quelques détails sur la rançon que le capteur peut imposer au capturé pour prix de la liberté qu'il consent quelquefois à lui laisser.

§ IV. — *De la rançon.*

SOMMAIRE. — 387. Ce que c'est que la rançon. — 388. Son objet. — 389. Historique de la législation. — 390. Légitimité de la rançon. — 391. Le traité de rançon est-il obligatoire pour le capturé ? — 392. *Quid* des corsaires ? — 393. La rançon ne peut avoir lieu sans autorisation. — 394. Est-il nécessaire d'avoir fait des prises effectives avant de pouvoir rançonner ? — 395. La rançon peut-elle être payée comptant ? — 396. Des otages. — 397. Saisie des papiers. — 398. Destination du navire rançonné. — 399. Reprise du navire rançonné. — 400. Prise du capteur nanti du billet de rançon. — 401. Perte du billet de rançon. Mort ou fuite de l'otage. — 402. Naufrage du navire rançonné. — 403. Rapport des capitaines capteurs. — 404. Jugement et répartition des rançons.

387. La rançon est la somme que paye ou promet de payer un bâtiment capturé au bâtiment capteur pour racheter sa liberté. Le capturé est naturellement disposé à faire l'abandon d'une partie de la prise ou de sa valeur, pour conserver le reste ; et le capteur, de son côté, peut aussi trouver son avantage à réaliser de suite un bénéfice qui, en le déchargeant de l'obligation de veiller sur la prise et de la conduire en lieu de sûreté, lui laisse la faculté de courir à de nouvelles captures.

388. La course maritime ayant pour cause première et pour but principal, quels que soient d'ailleurs les prétextes dont on a voulu la colorer, un profit à faire sur les bâtiments ennemis ou réputés tels, on conçoit fort bien que les corsaires puissent trouver plus d'avantage à mettre à contribution les navires dont ils s'emparent, qu'à interrompre leur expédition pour les conduire péniblement en lieu sûr. Mais les gouvernements de l'Europe qui, lors même qu'ils encourageaient la course, n'ont jamais eu une grande confiance dans les corsaires, ont toujours vu avec défaveur une opération qui pouvait donner aux capteurs les moyens de frauder les droits du Trésor. Et comme, d'autre part, l'intérêt des gouvernements consiste plutôt à tenter de nuire à l'État ennemi ou réputé tel, en lui prenant ses bâtiments et ses matelots, qu'à chercher un simple

bénéfice pécuniaire, on a presque toujours refusé aux capteurs la faculté de rançonner les prises par eux faites à la mer; ou, quand on les y a autorisés, ç'a été exceptionnellement et sous condition. Il est même des gouvernements, l'Angleterre, par exemple, qui ne l'ont jamais accordée (1).

389. Dans l'antiquité, les navires étaient rançonnés par les pirates (2); dans le moyen âge, ils couraient risque d'être rançonnés par tout le monde, « par pillards, escumeurs de mer, soi-disant amis, confédérés ou ennemis déclarés (3). » Cependant aucune loi n'avait réglementé le rachat et la rançon sous le rapport du droit des gens ou des droits respectifs du capteur et du capturé.

C'est seulement le 9 octobre 1666 qu'on voit paraître une ordonnance répressive de cet abus; bientôt après, l'ordonnance de 1681, art. 19, titre *des Prises*, semble permettre les rançons d'une manière générale, en obligeant seulement les preneurs qui relâchent une prise par composition à se saisir des papiers, et à amener au moins les deux principaux officiers du vaisseau pris. Cette ordonnance fut suivie de plusieurs autres et d'arrêts réglementaires plus ou moins restrictifs (4), jusqu'à la déclaration du roi du 15 mai 1756, qui n'admettait un preneur à rançonner qu'autant qu'il avait, depuis sa dernière sortie, envoyé dans les ports trois prises effectives. Ces dispositions furent ou maintenues ou complétées par les déclarations du roi sur la course des 24 juin 1778 et 1er mars 1781, et par l'arrêt du conseil du 11 octobre 1780. Mais les plaintes multipliées qui ne cessaient de s'élever donnèrent lieu à l'ordonnance du 30 août 1782, qui fit défense aux corsaires de jamais rançonner les prises. Aujourd'hui la matière est réglementée par l'arrêté du 2 prairial an XI, qui autorise le rançonnement, mais dans certains cas et suivant certaines conditions.

(1) Steck, *Essais*, p. 52 ; Azuni, t. II, p. 405. — Voy. le statut 11, 19, George III, cap. VII; et le statut 13, 19, George III, cap. LXVII.

(2) L. 2, § 3, ff. *De lege Rhodiâ.*

(3) *Guidon de la mer*, ch. VI, art. 1 ; ord. de 1517, art. 5.

(4) 1er oct. 1693 ; 30 sept. et 2 déc. 1693 ; 17 mars et 7 avril 1696 ; 6 février 1697 ; 23 et 27 janv. 1706.

390. Avant d'entrer dans le détail des dispositions de cet arrêté, il se présente une première question qui domine tout le sujet : c'est celle de savoir si le capturé qui promet au capteur une certaine somme pour racheter sa liberté, est tenu de remplir sa promesse.

Si la course était légitime en elle-même, il n'y aurait pas de question : la promesse faite par un particulier à un ennemi pour se rédimer d'un mal qui est une conséquence des droits de la guerre, est obligatoire. La guerre établit entre ceux qui sont légalement soumis à ses effets des droits réciproques sur lesquels il est dès lors permis de transiger. Et c'est dans ce sens qu'il est vrai de dire avec Cicéron (1) : « *Si quid singuli, temporibus adducti, hosti promiserint, est in eo ipso fides servanda.* » Mais la difficulté vient précisément de ce que la course n'est pas légitime, et de ce que, suivant les principes du droit des gens, on ne peut regarder un corsaire comme un ennemi régulier; et elle se complique de cette considération que l'autorité publique ayant commissionné les corsaires, il n'est pas permis de ne voir en eux que des brigands et des pirates auxquels, pour échapper de leurs mains, on puisse tout promettre et ne rien tenir. Ici ne peuvent donc pas s'appliquer ces autres paroles de Cicéron qui avait très-bien compris la différence qu'il y a entre un ennemi légitime et celui que ne reconnaît pas le droit des gens : « *Si prædonibus pactum pro capite pretium non attuleris, nulla fraus est, ne si juratus quidem non fueris. Nam pirata non est perduellium numero definitus; sed communis hostis omnium. Cum hoc nec fides debet, nec jusjurandum esse commune* (2). » Il faut dès lors combiner deux éléments de décision contraires, et tenir compte, dans la solution de la question, de l'influence que peut avoir sur le droit primitif et absolu, le droit secondaire qui naît d'un état de choses unanimement accepté, et qui devient légitime pour les uns par l'effet de la réciprocité dont ils peuvent user envers les autres qui l'ont établi. Si donc il est vrai de dire, en principe, que les corsaires, qui n'ont pas

(1) *De officiis*, lib. I, cap. XIII. — Voy. aussi Grotius, liv. III, ch. XXIII.
(2) *De officiis*, lib. III, cap. XXIX.

le droit de capturer les bâtiments particuliers du commerce, ne peuvent avoir davantage le droit de les rançonner, parce qu'ils ne peuvent faire résulter de la crainte qu'inspire l'injustice dont ils se rendent coupables, une cause d'obligation au préjudice de ceux qui promettent sous l'empire de cette crainte, et qui sont forcés de consentir à un mal moindre pour en éviter un plus grand (1) ; il faut reconnaître, d'un autre côté, que la nécessité, qui légitime accidentellement la course maritime et les déprédations qui en sont la conséquence, rend, à plus forte raison, légitimes les rançonnements, qui sont moins nuisibles au capturé qu'une confiscation générale; et que le capturé, qui ne serait pas reçu à se plaindre de la capture dont il aurait été victime, ne doit pas être plus reçu à se soustraire à l'acquit de l'obligation qu'il a contractée pour se soustraire à la capture.

D'ailleurs, dans la pratique, le rançonné peut d'autant moins se soustraire à l'acquit de cette obligation qu'il est d'usage de fournir la rançon en lettres de change à l'ordre du capteur ou d'un tiers; et qu'on peut, en déguisant la cause de ces lettres de change, mettre le tiré ou le tireur dans l'obligation de satisfaire le tiers porteur de bonne foi, auquel, en la supposant illicite, ils ne pourraient opporer la cause réelle mais cachée de l'obligation.

391. C'est, comme on l'a déjà vu, dans l'arrêté du 2 prairial an XI, que se trouvent les règles auxquelles est aujourd'hui assujettie la faculté accordée en certains cas aux corsaires capteurs de rançonner les bâtiments capturés.

D'après cet arrêté, on ne peut rançonner que les bâtiments évidemment ennemis; jamais les bâtiments neutres (2) : différence qui s'explique par cette considération que la saisie des bâtiments neutres a toujours pour objet d'empêcher la perpétration d'un acte hostile, qui ne s'exécuterait pas moins nonobstant la rançon. D'après ce même arrêté, la défense de rançonner les neutres s'applique même aux bâtiments dont

(1) Puffendorff, liv. III, ch. VI, § 10.
(2) Art. 30 et 40.

le passe-port neutre serait suspect de simulation ou pourrait être considéré comme illégal ou expiré. A l'égard des rançons légalement exigées, elles sont rendues aux rançonnés, s'ils justifient de leur neutralité, même avec dommages-intérêts contre le capitaine du corsaire, auxquels l'armateur peut être condamné solidairement (1).

392. Quant aux bâtiments ennemis, Valin dit qu'en aucun cas ils ne peuvent être relâchés moyennant rançon s'ils sont armés en course, parce que ce serait, pour une somme peut-être relativement modique, leur laisser le pouvoir de continuer leurs expéditions, et de nuire au commerce national (2). Cette distinction paraît d'autant mieux fondée au point de vue du droit conventionnel et exceptionnel qui régit la course maritime, que les ordonnances ou arrêtés qui règlent les rançons faites en mer, ne s'occupent que des *bâtiments ennemis*, et jamais des *corsaires ennemis*, ce qui suppose qu'on n'a entendu autoriser le rançonnement qu'à l'égard des bâtiments de commerce, et non à l'égard des bâtiments armés en guerre.

393. Dans tous les cas, les corsaires ne peuvent rançonner les bâtiments ennemis sans l'autorisation de leurs armateurs (arr. 2 prair. an XI, art. 30). Les armateurs qui veulent autoriser les capitaines de leurs corsaires à rançonner les bâtiments ennemis qu'ils ont arrêtés, doivent en faire la déclaration par écrit à l'administrateur de la marine, préposé à l'inscription maritime dans le port d'armement, et demander à cet administrateur le nombre de traités de rançon qu'ils veulent remettre aux capitaines (*ibid.*, art. 40).

394. En vertu de cette autorisation, les capitaines corsaires peuvent rançonner autant de bâtiments qu'ils ont de traités; et il ne paraît pas qu'aujourd'hui ils ne puissent en faire usage qu'après avoir amené trois prises effectives dans les ports du royaume, le règlement du 2 prairial n'ayant pas reproduit la disposition limitative de la déclaration du roi, du 15 mai 1756.

395. D'après le modèle des traités de rançon, annexé à

(1) Art. 67.
(2) P. 141.

l'arrêté réglementaire du 2 prairial an XI, modèle conforme en ce point aux anciens traités ou billets de rançon délivrés par l'amirauté sous l'empire du règlement du 27 janvier 1706, la rançon n'est pas payée comptant par le capturé qui se rachète ; il contracte seulement l'obligation de la payer plus tard. Et comme il n'y a de rançon légalement exigée que celle qui est stipulée conformément aux traités de rançon que doivent nécessairement employer les capteurs, il faut en conclure que, dans notre législation, les rançons ne peuvent être payées comptant au capitaine du corsaire, mais consistent en une obligation à terme qui doit être acquittée plus tard, soit entre les mains des armateurs, soit entre celles du capitaine qui les représente.

396. Pour sûreté de cette obligation, les capitaines sont tenus de prendre pour otages et d'amener dans un des ports du royaume, au moins un des principaux officiers du bâtiment rançonné, et cinq hommes outre cet officier, lorsque l'équipage du navire rançonné est composé de trente hommes ou plus ; trois lorsqu'il n'est que de vingt hommes, jusqu'à vingt-neuf inclusivement ; et deux dans les autres cas : ces hommes sont choisis, autant qu'il se peut, parmi les marins de la plus haute paie (arr. 2 prairial an XI, art. 43). Comme le fait très-bien observer Valin (1), ce n'est pas la remise ou la possession de l'otage qui constitue l'obligation ; si donc l'otage venait à prendre la fuite, ou à mourir, l'obligation ne cesserait pas d'être valable, et elle continuerait de lier le capturé (2). Au point de vue de la validité de l'obligation en elle-même. les otages ne sont donc pas absolument nécessaires, de telle sorte que, s'ils n'avaient d'autre objet que d'en garantir le paiement, le capteur serait toujours maître d'en prendre ou de n'en pas prendre, selon qu'il aurait plus ou moins de confiance dans la solvabilité ou la bonne foi du capturé.

Mais les otages ont un autre objet : ils ne garantissent pas

(1) P. 156.

(2) Azuni, t. II, p. 297 ; Vattel, liv. II, §§ 254 et 255 ; de Pistoye et Duverdy, t. I, p. 293.

seulement les intérêts du capteur contre le capturé; ils garantissent de plus et principalement, les intérêts de l'État et des armateurs, et quelquefois du capturé, contre le capteur lui-même, en ce sens que leur déposition, lorsqu'elle est conforme au rapport du capitaine et au traité de rançon, prouve que la rançon portée au traité est réellement celle qui a été stipulée, et que le capitaine n'a rien dissimulé à son profit. C'est pourquoi la rançon n'est légale qu'autant que le capitaine capteur a pris des otages. Mais l'illégalité de la rançon, lorsqu'il n'y a pas eu d'otage, n'empêche pas le capturé d'être tenu de la payer, seulement le capitaine capteur et les armateurs qui en répondent n'y ont aucun droit; et elle est confisquée par l'État, qui l'applique à la caisse des invalides de la marine (*ibid.*, art. 48).

397. L'art. 19 du titre *des Prises* de l'ordonnance de 1681, voulait de plus que le capteur se saisît des papiers de la prise rançonnée. L'art. 6 du règlement de 1706 autorise les preneurs à laisser sur le bâtiment rançonné les papiers qu'ils y auront trouvés. Aucune disposition postérieure n'ayant innové sur ce point, on doit décider que les preneurs ne sont pas tenus de se saisir des papiers de la prise. Le traité de rançon, qui se trouve certifié par la présence et la déposition des otages, rend même cette saisie complétement inutile.

398. Sous l'empire de la déclaration du 15 mai 1706, les corsaires capteurs devaient marquer, dans le traité de rançon, le port dans lequel le bâtiment rançonné était tenu de se rendre, et le temps dans lequel il devait y arriver (art. 4 et 5); et ce bâtiment ne pouvait être arrêté de nouveau qu'autant qu'il était rencontré hors de la route qu'on lui avait permis de suivre (art. 7 et 8). Il en est autrement aujourd'hui. Le règlement du 2 prairial an XI n'ayant pas reproduit les dispositions des art. 4 et 5 du règlement de 1706, le preneur ne peut marquer une destination au capturé, qui reste maître de continuer son voyage, de l'interrompre ou de le changer, suivant qu'il convient à ses intérêts.

399. Il semblerait résulter de là que le capturé qui s'est racheté par une rançon, et qui est libre dès lors de continuer sa

route, devrait être à l'abri de toutes saisies ultérieures, et que la prise, qui, dans l'esprit de la déclaration de 1706, était la peine infligée à l'abandon de la route prescrite, ne saurait atteindre celui à qui aucune route n'a été ni pu être prescrite. Il n'en est pas ainsi cependant. L'art. 44 de l'arrêté réglementaire du 2 prairial an XI défend bien à tous corsaires de rançonner de nouveau un bâtiment ennemi qui a déjà subi une rançon, mais il permet de le prendre et de l'amener, soit dans les ports du royaume, soit dans les ports alliés ou neutres. Seulement, dans ce cas, les obligations souscrites par le capturé lors de la rançon, cessent d'être exigibles vis-à-vis de ceux qui devaient les remplir : l'armateur du second capteur en devient personnellement débiteur envers l'armateur du premier, si mieux il n'aime ensuite lui abandonner la prise. Les otages sont alors rédimés des charges attachées au titre d'otage, et ne sont plus considérés que comme simples prisonniers de guerre (1).

400. C'était une question diversement résolue avant l'arrêté du 2 prairial an XI, et sur laquelle ce règlement ne s'est pas expliqué, que celle de savoir quels étaient, relativement à la propriété de la rançon, les effets de la prise du corsaire capteur nanti du traité de rançon et des otages qui lui ont été remis par le bâtiment rançonné. Suivant Valin (2), si le corsaire preneur est pris lui-même avec le billet de rançon ou avec l'otage, il perd la rançon, qui devient la propriété de celui qui l'a pris, parce que, dit-il, le billet de rançon et l'otage représentent le navire pris et rançonné; et il en est ainsi, d'après cet auteur, bien que le corsaire preneur n'ait conservé que le billet, ou l'otage, parce que l'un et l'autre représentent également la rançon. Brillon, dans ses *Arrêts* (3), rapporte un jugement du conseil des prises qui adopta ce système. Mais c'est là une erreur qu'Émérigon (4) a rectifiée en faisant remarquer avec raison, d'après le jurisconsulte

(1) De Pistoye et Duverdy, t. I, p. 299.
(2) P. 148.
(3) T. V, v° *Prises*, p. 478, n. 5.
(4) Ch. XII, sect. XIII, § 8.

espagnol Olea (1), que le billet ou le traité de rançon n'étant que la preuve de l'obligation, et non l'obligation même, le capteur qui n'acquiert par la prise rien de plus que ce qu'il prend, ne devient pas maître du droit incorporel en quoi consiste l'obligation, par cela seul qu'il est maître de la preuve matérielle de cette obligation. Mais au lieu de conclure de là que l'obligation reste la propriété du capturé, Émérigon en conclut que la dette s'éteint, et que, si le second capteur n'acquiert aucun droit sur la rançon dont il prend le billet, le premier capteur auquel ce billet est pris, perd tous les droits qu'il lui conférait. Il y a là une contradiction manifeste, et Émérigon tire une fausse conséquence d'un principe fort juste. S'il est vrai, comme cela n'est pas douteux, que l'existence de l'obligation est indépendante de sa preuve, il est évident que le capturé qui, privé du traité de rançon, éprouvera peut-être des difficultés pour se faire payer, n'en restera pas moins créancier de la rançon stipulée, puisque la capture du billet, qui ne peut avoir aucun effet quant à la propriété de l'obligation qu'il constate, ne saurait, par la même raison, en avoir aucun quant à son existence. La reprise même de l'otage ne peut produire plus d'effet et éteindre l'obligation, puisque, ainsi que nous l'avons déjà expliqué, l'otage n'est pas une des conditions essentielles de la rançon, et qu'il n'en est que la garantie.

Au surplus, si, au moment de la reprise, le traité de rançon avait été envoyé aux armateurs, et l'otage déposé à terre, il ne pourrait y avoir aucune difficulté sur le sort de la rançon, qui resterait la propriété du capturé, puisque, dans ce cas, le second capteur n'aurait même pas un prétexte pour y prétendre.

En supposant même que la reprise fasse passer la propriété de la rançon au second capteur ou éteigne l'obligation, il faudrait reconnaître qu'il en serait autrement si le billet de rançon avait été accompagné d'une lettre de change tirée par le capitaine rançonné, et si cette lettre avait été négociée à un tiers de bonne foi, *valeur reçue comptant*. La lettre de

(1) Tit. IV, quæst. 10, n. 47.

change devrait être payée au tiers porteur par les propriétaires du navire rançonné.

Il en serait autrement, dans la même hypothèse, si le porteur de la lettre de change négociée n'en avait pas fourni la valeur, ou si, par toute autre cause, l'endossement était irrégulier, parce qu'alors le porteur serait passible de toutes les exceptions que le tiré pourrait opposer au bénéficiaire (1).

401. De tout ce qui a été dit ci-dessus, il faut conclure que la perte accidentelle du billet de rançon, pas plus que la mort ou la fuite de l'otage, n'éteint l'obligation qui subsiste indépendamment du traité.

402. C'est une question tout aussi facile à résoudre que celle de savoir si la perte du navire rançonné, par naufrage ou autre fortune de mer, éteint l'obligation contractée vis-à-vis du capteur. Dans la guerre de 1760, M. de la Touche de Tréville, commandant la frégate du roi *le Zéphir*, en rançonnant un bâtiment anglais, consentit à ce que la rançon fût nulle si ce bâtiment venait à périr en pleine mer, mais il stipula qu'elle resterait obligatoire en cas d'échouement sur la côte. Une pareille convention est sans doute permise; mais lorsque le traité de rançon ne s'explique pas sur les effets du naufrage ou de l'échouement, on doit décider que l'obligation survit au navire, parce que cette obligation n'est pas subordonnée à l'existence du navire rançonné, qui n'est ni le gage ni la condition de la créance. S'il en était autrement, il dépendrait des propriétaires du navire auquel une traversée difficile et des avaries nombreuses auraient enlevé une grande partie de sa valeur, de s'affranchir de l'obligation de payer la rançon convenue, en préparant la perte du bâtiment. C'est même contre une machination de cette nature que M. de la Touche-Tréville voulait se prémunir en stipulant que l'échouement à la côte n'annulerait pas le traité de rançon.

403. Au retour de leurs croisières, les capitaines des corsaires déclarent par écrit à l'administration de la marine, s'ils ont fait ou non usage des traités de rançon à eux délivrés avant leur départ : ils remettent les traités qui n'ont pas été

(1) Émérigon, *ibid.*

employés, et qui sont immédiatement annulés. S'ils ont fait des rançons, ils remettent les otages aux administrateurs de la marine; ils présentent aussi les traités souscrits par les commandants des navires rançonnés, et il en est pris note par les administrateurs, qui les visent et les remettent aux capitaines (arr. 2 prair. an XI, art. 45). Les administrateurs procèdent ensuite à l'interrogatoire des otages, ainsi qu'à celui des officiers, maîtres et équipage du corsaire, pour s'assurer si la rançon a été légalement exercée, et si, outre les sommes et effets portés au traité de rançon, le capitaine n'a pas exigé d'autres sommes ou effets particuliers, comme encore s'il n'a rien été pris ou détourné : de quoi il est dressé procès-verbal (*ibid.*, art. 46).

404. Il est ensuite procédé au jugement, à la liquidation et à la répartition des rançons dans la même forme que pour les prises, et qui sera expliquée dans le paragraphe suivant.

§ V. — *Du jugement des prises et de leur répartition.*

Sommaire. — 405. Objet de ce paragraphe. — 406. A qui appartient le jugement des prises. — 407. Ce que c'est que le jugement des prises. — 408. Le capteur seul peut prononcer sur la prise. — 409. De la prise faite sur un belligérant et conduite dans un port du capturé. — 410. De la prise faite sur un belligérant et conduite dans un port neutre. — 411. De la prise neutre conduite dans un port neutre. — 412. De la prise neutre conduite dans un port du capturé. — 413. Droit des gens conventionnel sur le jugement des prises. — 414. A quels tribunaux appartient le jugement des prises. — 415. Forme de l'instruction et du jugement. — 416. Les propriétaires des navires et des effets capturés sont représentés par le capitaine. — 417. Intervention des consuls. — 418. Transactions. — 419. Annulation de la prise en totalité ou pour partie. — 420. Déclaration de validité ; vente ; partage. — 421. Partage des rançons.

405. Les bâtiments de guerre d'un belligérant qui font des prises, agissent sous sa responsabilité, et par conséquent doivent se conformer aux règles destinées à mettre cette responsabilité à couvert. Le corsaire à qui un souverain belligérant a délégué le droit de guerre, agit en faisant des prises, au nom du souverain qu'il représente, et qui, en lui remettant l'exercice de son droit, a pu subordonner cette concession à telles conditions qu'il lui a plu d'établir. Les règles et les

conditions préalables à l'exercice du droit de prise, et celles qui doivent accompagner la prise, ont été expliquées dans les paragraphes qui précèdent. Il reste à voir quelles sont les conditions postérieures à la prise, et qui consistent principalement dans le jugement des prises et dans leur répartition entre les capteurs.

Je m'occupe d'abord du jugement des prises, en d'autres termes, de la déclaration de leur validité, après examen des circonstances dans lesquelles elles ont eu lieu.

406. Le jugement des prises étant une garantie contre les abus et les violences dont les capteurs se rendraient coupables, et qui auraient pu être imputés à l'État au nom duquel ils agissent ou qu'ils représentent, cette formalité a passé dans la législation de tous les peuples, dont les gouvernements se sont facilement assujettis à une mesure qui devait leur assurer de grands avantages moraux ; et, dès lors, il a paru naturel à chaque gouvernement de se constituer le juge des prises faites sous son pavillon.

Mais il s'est élevé sur ce point, surtout relativement aux prises neutres, une difficulté qui a divisé les publicistes, et pour la solution de laquelle on a invoqué dans tous les systèmes les principes les moins applicables à la matière. C'est celle de savoir si un gouvernement peut se constituer juge des prises faites sous son pavillon ; en d'autres termes, si le juge du capteur est compétent pour connaître de la validité de la prise.

Il me semble que la difficulté provient de ce que la question est mal posée, et de ce qu'on la fait porter sur un point autre que celui sur lequel elle repose naturellement, en supposant affirmativement résolue une question préalable à laquelle est subordonnée la question de compétence. Il est en effet manifeste que la question de savoir quel est le juge compétent des prises, dépend de celle de savoir s'il y a un juge nécessaire des prises ; c'est-à-dire, si, d'après la nature des choses et le droit des gens primitif, les prises ne sont valables qu'autant qu'un juge les a validées par sa décision ; car si le jugement des prises est volontaire, et non forcé, et s'il est un

établissement du droit intérieur et particulier de chaque peuple, chaque peuple capteur qui pourrait se soustraire à la formalité du jugement, peut à plus forte raison, en s'y soumettant, choisir le juge.

Examinons donc la question préalable, et voyons si l'État qui fait ou qui fait faire des prises, est tenu d'en faire juger la validité par une autorité quelconque.

407. On sait qu'il n'y a pas de juge entre les nations, qui puisse, en interposant son autorité, résoudre pacifiquement leurs querelles. Par la même raison, il ne peut y en avoir pour prononcer entre les belligérants sur la légitimité des moyens qu'ils emploient pour se nuire, lorsqu'en recourant à la guerre ils ont remis à la force la décision de leur droit. De même, en effet, qu'une guerre peut être injuste, de même aussi les moyens employés pour la faire peuvent être illégitimes et contraires au droit des gens, soit dans leur principe, soit dans leur application; mais, dans un cas comme dans l'autre, il n'y a pas de tribunal humain pour juger entre les oppresseurs et les victimes. Si on pouvait convenir d'un juge pendant la guerre, pour prononcer, soit en la forme, soit au fond, sur les actes d'hostilité, il serait assurément plus facile d'en convenir pendant la paix, et de réaliser les rêves des philanthropes et les projets de paix perpétuelle. Or, quelle que soit l'opinion que l'on se forme de la course maritime ou même de la capture des bâtiments de commerce ennemis ou neutres par la marine de guerre d'un belligérant; qu'on la considère comme un exercice légitime, ou comme un abus des droits de la guerre, il n'en est pas moins certain qu'elle constitue un fait relatif à la guerre, un acte de souveraineté, déléguée ou non déléguée, mais dont l'État dans tous les cas assume la responsabilité. Une prise maritime est un acte hostile fait au nom du gouvernement auquel appartient le capteur aussi bien que la prise d'une place ennemie; et si ce gouvernement a, dans son propre intérêt, soumis la validité de la prise maritime à certaines conditions, c'est à lui seul qu'il peut appartenir d'examiner, toujours dans son propre intérêt, si ces conditions ont été observées. Il n'y a donc pas plus de

juge de la validité d'une prise maritime, qu'il n'y a de juge de la validité de la prise d'une place de guerre (1).

Ce qui a pu contribuer à égarer les opinions sur ce point, et à faire voir une question de compétence judiciaire là où il n'y a qu'une question de souveraineté, c'est la dénomination de *jugement des prises* improprement appliquée à la décision qui intervient sur la validité d'une capture. Cette décision, quelle que soit la forme qu'on lui donne, et celle dans laquelle elle est préparée, n'a, au fond, rien de contentieux; elle est purement gracieuse, puisque le capturé, quelle que soit l'injustice dont il a été victime, n'a aucune action utile contre le capteur qu'il ne pourrait citer devant aucune autorité humaine, si le souverain du capteur ne consentait pas à écouter ses plaintes et à les accueillir au cas où il les trouve fondées. Cela est si vrai que les autorités auxquelles sont remis l'examen de la capture et la décision à rendre sur sa validité n'attendent pas, pour instruire et juger l'affaire, qu'il y ait réclamation de la part du capturé : elles agissent d'office et moins dans l'intérêt du capturé soit qu'il intervienne, soit qu'il se taise, que dans celui de la nation à laquelle appartient le capteur. Donc, dès qu'il n'y a ni contestation ni jugement possibles, il ne saurait y avoir un juge.

408. De ce qu'il n'y a pas de juge nécessaire de la validité des prises, il faut conclure que si le souverain du capteur, pour mettre à couvert sa responsabilité morale et sauvegarder ses intérêts, trouve convenable de contrôler l'exercice du droit de prise, c'est pour lui une pure faculté dont il est parfaitement naturel qu'il se réserve l'exercice, parce qu'il y aurait en quelque sorte un abandon de sa souveraineté dans la remise qu'il ferait à un tiers indépendant du droit de juger ses actes ou ceux de ses délégués (2).

Ces principes et leurs conséquences, incontestables relativement aux prises faites sur les sujets de l'ennemi, ne le sont pas moins relativement aux prises faites sur les sujets neutres. Si l'on veut se rappeler les règles qui ont été développées plus

(1) De Steck, *Essais*, p. 80.

(2) Pistoye et Duverdy, t. II, p. 183 et suiv.. Cauchy t. I, p. 66. Haute-

haut sur les droits des neutres, on verra que la prise qui est faite, soit de leurs marchandises, soit de leurs bâtiments, suppose toujours, à tort ou à raison, un acte d'hostilité de leur part. Si les belligérants se croient alors en droit de les traiter en ennemis, le traitement qu'ils leur font ne saurait avoir aucun contrôle supérieur, parce que c'est encore là un acte de souveraineté, et que les actes de souveraineté n'ont pas de juge : autrement ils ne seraient pas des actes de souveraineté. Si les belligérants, comme cela arrive trop souvent, traitent à tort les neutres en ennemis, l'illégitimité du fait n'en change pas la nature : le neutre pourra y trouver une cause de guerre et employer la force pour se faire rendre justice, si le belligérant ne consent pas à la lui rendre, ou si la voie toujours ouverte des négociations diplomatiques ne conduit à aucun résultat favorable ; mais il ne pourra le citer devant aucun tribunal dont il soit justiciable.

Il ne saurait donc, dans un cas comme dans l'autre, y avoir d'autre juge de la validité des prises que l'État ou le souverain du capteur lui-même, qui seul peut prononcer sur la légitimité ou la convenance des actes hostiles commis par ses délégués.

C'est donc à tort que les uns ont nié la compétence du juge du capteur pour prononcer sur la validité des prises neutres, en se fondant sur ce que le souverain du preneur n'ayant aucune juridiction ni sur la mer où la prise a été faite, ni sur le navire pris, ni sur son chargement, ni sur ceux auxquels il appartient, n'a aucun prétexte pour s'attribuer le jugement de la prise, et prononcer une peine, telle que la confiscation, contre des étrangers qui n'ont commis aucun délit sur son territoire (1) ; et c'est inutilement que les autres, pour établir cette compétence, ou se sont fondés sur la règle du droit civil qui attribue la compétence au juge du défendeur, *actor sequitur forum rei*, en voyant dans le capturé un demandeur en reven-

feuille, t. III, p. 300 et suiv. ; Kluber, § 296 ; Fiore, t. II, p. 521 ; Calvo, t. II, §§ 1243 et 1257 ; Bluntschli, § 842.

(1) Hubner, *De la saisie des bâtiments neutres*, t. II, part. I, chap. I et II.

dication, et dans le capteur un défendeur, comme en matière contentieuse et en justice réglée (1); ou, tombant dans une erreur pour en éviter une autre, n'ont rien trouvé de mieux à faire, pour justifier la compétence du souverain du capteur, que de nier la nationalité des capturés, dans lesquels ils n'ont pas voulu voir les sujets de la puissance dont ils portaient le pavillon et les couleurs, mais de simples individus, *simplici uomini*, que tous les souverains pouvaient juger parce qu'ils ne pouvaient réclamer la protection d'aucun souverain (2). Et c'est aussi sans aucune nécessité que, pour remédier à l'incompétence prétendue du juge du capteur, on a fait le projet d'un tribunal mi-parti, composé de représentants du capteur et du capturé, qui formerait une sorte de tribunal arbitral, une assemblée d'amphictyons modernes, comme s'il était possible de s'entendre pendant la guerre quand on n'a pas pu s'entendre pendant la paix (3).

Laissons donc de côté ces efforts d'imagination qui créent des difficultés là où il n'y en a pas, pour nous en tenir à la seule règle qui résulte de la nature des choses et de l'état de guerre, à savoir, que le gouvernement au nom duquel sont faites des prises maritimes, ne peut reconnaître aucun juge de la légitimité de ses actes ou des actes de ses délégués; et que, s'il consent à les examiner lui-même, dans l'intérêt de tous, et à les soumettre à une sorte de jugement, on ne peut se faire contre lui une arme de sa condescendance, pour mettre en doute sa compétence, et soutenir que, dès qu'il admet la nécessité d'un jugement, il ne peut lui-même se constituer juge (4).

(1) De Steck, *Essais*, p. 82.
(2) Lampredi, *Del commercio dei popoli neutrali*, § 14.
(3) Hubner, t. II, part. I, ch. II; Galliani, p. 173 et 176.
(4) Hautefeuille, t. III, p. 320 et suiv., tout en admettant cette base juridique de la compétence du juge du capteur pour décider de la légitimité de la prise, lorsqu'il s'agit de la capture d'un bâtiment ennemi, la repousse lorsqu'il s'agit de la prise d'un bâtiment neutre, bien qu'il reconnaisse d'ailleurs que le neutre qui viole la neutralité doit être assimilé à un ennemi, sous le rapport de la compétence, *ibid.*, p. 305. — On peut voir sa longue et très-intéressante discussion sur ce point, p. 301 et suiv. — Voy. aussi Heffter, § 172.

Ce principe, qui est hors de contestation, lorsque la prise a été conduite dans un des ports de la puissance à laquelle appartient le corsaire capteur, reste sauf lors même que la prise a été conduite dans un port d'une autre puissance, malgré les modifications que peut alors recevoir la solution de la question.

409. En effet, si la prise faite sur un des belligérants est conduite dans un port de la puissance à laquelle appartient le capturé, il est manifeste que le capteur, cessant d'avoir aucun droit sur la prise, et même de capteur devenant capturé, il n'y a plus rien à juger relativement à la prise qu'il avait faite (1).

410. Si, au contraire, la prise faite sur un belligérant est conduite dans un port appartenant à une puissance neutre, celle-ci ne peut revendiquer le droit de juger la validité de la prise, soit que la prise ait été faite en pleine mer, soit qu'elle ait été faite sous le canon de cette puissance neutre. Car, dans le premier cas, la puissance neutre n'a aucun prétexte pour s'attribuer le jugement de la prise, dès qu'elle n'a aucune juridiction, ni sur le capteur ni sur le capturé. « *Ut victor intra propria præsidia tutus est*, dit Loccenius (2), *ita si fidem amici elegerit et in ejus præsidia se et sua contulerit, etiam illic publico nomine tutus est. Is vero cui res illæ jure belli ademptæ sunt, frustra eas in communis amici territorio repetitum venit; quod enim belli sors occupanti dedit, in pacato loco apud communem amicum merito sibi servabit.* » Aussi Hubner lui-même, qui en cette matière est si porté à tout accorder aux neutres, avoue que le juge du lieu neutre n'est pas autorisé à connaître de la prise faite sur un belligérant (3). Le souverain du capteur conserve donc dans ce cas le droit de prononcer sur la prise. Cet état de choses a été consacré, sans aucune réclamation des neutres, par les lois particulières des principaux États maritimes. C'est ainsi que les lois françaises attribuent aux consuls, dans les ports étrangers, le droit de faire une ins-

(1) Hubner, t. II, part. I, ch. II, § 7 ; Hautefeuille, t. III, p. 324 ; Heffter, § 172.

(2) *De jure maritimo*, liv. II, ch. IV, § 6.

(3) *Ibid*, § 8 ; de Steck, *Essais*, p. 108 ; ord. en Cons. d'État du 20 oct. 1819 ; S., coll. nouv., VI, 2, 146.

truction préliminaire sur la validité des prises qui y sont conduites, ensuite de laquelle il est définitivement prononcé par les autorités préposées en France au jugement des prises (1); c'est également ainsi que l'Angleterre avait établi, par plusieurs traités, des juges pour connaître de la validité des prises amenées dans les ports étrangers, spécialement à Livourne, où le consul anglais et les commissaires qui lui étaient adjoints jugeaient en première instance et sauf l'appel au roi en son conseil privé, à Londres, toutes les prises faites dans la Méditerranée (2).

Dans le second cas, c'est-à-dire si la prise a été faite sous le canon de la puissance neutre dans le port de laquelle elle est conduite, on ne saurait refuser à cette puissance le droit de faire respecter son territoire, et conséquemment d'ordonner le relâchement de la prise, soit d'office, soit sur la réclamation du capturé (3). Mais ici, il ne s'agit pas, à proprement parler, du jugement de la prise ni du point de savoir si le navire pris était prenable; il s'agit seulement d'une question préjudicielle de souveraineté territoriale dont la solution, si elle est favorable au capturé, empêche qu'il y ait prise, et conséquemment qu'il y ait lieu de juger la prise, et qui, si la solution est favorable au capteur, laisse entière la compétence de son souverain, auquel il est toujours forcé de recourir pour faire valider la prise et arriver à un résultat définitif.

411. Supposons maintenant qu'il s'agisse d'une prise neutre conduite dans un port neutre. Deux cas peuvent alors se présenter. Ou la prise neutre est conduite dans un port appartenant à une tierce puissance, ou elle est conduite dans un port neutre de la même nation que le capturé. Dans le premier cas, le souverain neutre ne saurait avoir plus de juridiction sur le belligérant capteur et sur le neutre capturé qu'il n'en a lorsque le capturé est ennemi du capteur (4). La neu-

(1) Ord. 8 nov. 1779; L. 6 germ. an VIII, art. 23.

(2) Blackstone, *Lois anglaises*, liv. III, ch. v, § 8; Galliani, p. 171; Hautefeuille, t. III, p. 325.

(3) Merlin, *Répert.*, v° *Prises*, § 7, art. 1, n. 3; Hautefeuille, t. III, p. 327; Heffter, § 172; Calvo, t. II, § 1248.

(4) Voy. le numéro qui précède.

tralité du capturé qui n'est pas sujet de la puissance chez laquelle il a été conduit, est une circonstance complétement étrangère à cette puissance, laquelle ne peut s'immiscer dans les rapports des autres nations, s'interposer entre elles, et s'établir juge des contestations qui s'élèvent entre deux étrangers à l'occasion d'un fait qui s'est passé hors de sa juridiction (1). L'opinion contraire, soutenue par quelques publicistes, n'a donc en sa faveur aucunes raisons plausibles. Hubner, qui se prononce pour la compétence du souverain neutre (2), et qui se met ainsi en contradiction avec l'opinion qu'il avait manifestée relativement aux prises ennemies, se prévaut, il est vrai, de quelques jugements rendus en matières de prises neutres par la tierce puissance chez laquelle elles avaient été conduites (3); mais ces exemples isolés, qui ne prouvent rien en droit, sont d'ailleurs contraires aux usages constamment suivis par les neutres et par les belligérants. Et Azuni (4), que la même opinion compte aussi parmi ses défenseurs, n'a pas de meilleur argument à produire que de se prévaloir des stipulations contraires qui se trouvent dans la plupart des traités de paix et de commerce (5), stipulations qui, suivant lui, eussent été inutiles, si le souverain du port où est conduite une prise neutre n'avait pas le droit d'en connaître: comme si les stipulations qui se trouvent dans les traités avaient nécessairement pour objet de substituer au droit primitif et naturel un droit conventionnel contraire.

Dans ce cas, comme lorsqu'il s'agit d'une prise faite sur un belligérant, c'est au consul ou autre agent commercial établi par le capteur dans le port neutre, qu'il appartient tout d'abord de connaître de la validité de la capture. Et il faut

(1) Lampredi, § 14.

(2) T. II, ch. I, § 7. — Voy. aussi le numéro qui précède.

(3) A Porto-Longone, en 1745; à Cagliari et à Civita-Vecchia, en 1747.

(4) T. II, p. 318.

(5) Art. 23 du traité des Pyrénées entre la France et l'Espagne, 7 novembre 1659; art. 22 du traité entre la France et la Hollande, 6 avril 1662; art. 9 du traité entre la Hollande et la Suède, 14 octobre 1679; art. 21 du traité d'Utrecht; traité de 1725 entre l'Espagne et l'Autriche; art. 24 du traité entre la France et les États-Unis, 8 vendémiaire an IX.

encore remarquer que par cela seul que le souverain du port neutre a consenti à l'établissement du juge étranger, il est présumé avoir consenti à ce que ses jugements fussent exécutés sans révision préalable par les juges du pays (1).

412. La solution présente plus de difficultés dans le second cas, c'est-à-dire lorsque la prise neutre a été conduite dans un port neutre de la puissance à laquelle appartient le capturé. Trois systèmes ont été mis en avant : deux également extrêmes en sens opposés ; le troisième qui tient un juste milieu entre les deux premiers.

Suivant Lampredi (2), le souverain neutre dans le port duquel est amenée une prise faite sur un de ses sujets n'a aucune raison pour en connaître. Cet auteur assimile ce cas à celui fort différent d'une prise ennemie ou neutre conduite dans les ports d'une tierce puissance. Azuni (3), au contraire, se jetant dans une extrémité opposée, veut que la prise faite sur un neutre soit, dans tous les cas, restituée au capturé de l'autorité de son souverain, dès qu'elle se trouve dans un port soumis à sa domination. Galliani (4), se plaçant entre ces deux écrivains, reconnaît au souverain neutre le droit d'ordonner le relâchement de la prise, mais seulement dans le cas où il la juge faite contrairement au droit des gens. S'il paraît au souverain neutre que le capturé s'est mis dans le cas d'être justement pris, il doit maintenir le capteur en possession, en laissant le jugement ultérieur de la validité à son juge naturel.

De ces trois opinions, la dernière me semble préférable ; et les motifs qui militent en sa faveur sont en même temps la réfutation des deux autres.

Lorsqu'un neutre capturé est conduit dans un port de sa nation, il se trouve sous l'empire de son protecteur naturel, dans le territoire duquel sont à la fois le preneur et la chose prise. Le souverain, qui doit justice à ses sujets partout où s'étend son au-

(1) Cass., 29 mars 1809 ; et Lyon, 10 avril 1810 ; S., coll., nouv., vol. III, 1, 40 et 2, 249. — Sur la question générale de l'autorité des jugements rendus en pays étrangers, voy. *inf.*, liv. II, tit. II, ch. I, sect. V.

(2) § 14.

(3) T. II, p. 324 et suiv.

(4) P. 409 et 410.

torité, et partout où il peut se faire obéir, a dès lors le droit et le devoir incontestable d'examiner les circonstances de la prise, d'en ordonner le relâchement s'il croit qu'elle n'a pas été justement faite, et de maintenir au contraire le capteur dans la possession de la prise, s'il lui paraît que le capturé s'est mis dans le cas d'être pris. Il exerce alors sur ses sujets un droit de protection dont il ne pourrait se dessaisir sans abdiquer sa souveraineté territoriale ; mais il ne porte, en agissant ainsi, aucune atteinte à l'autorité et à la juridiction du juge du capteur, devant lequel ce capteur devra ensuite se rendre pour faire reconnaître la validité de la prise dans la possession de laquelle il a été maintenu. C'est encore là, comme dans le cas d'une prise faite sous le canon d'une puissance neutre, une question préjudicielle de souveraineté, dont la solution favorable au capteur laisse entière la question principale de la validité de la prise. Les droits du souverain du capteur ne seraient lésés que si le souverain du capturé s'attribuait le droit d'ordonner dans tous les cas et sans examen le relâchement des prises conduites dans ses ports. Le droit de relâcher la prise dérive du devoir de protéger; et comme il n'y a devoir de protéger que lorsque le sujet neutre a reçu d'un belligérant un traitement non mérité, il en résulte que le souverain neutre doit d'abord examiner si le traitement est mérité, et qu'il ne peut ordonner le relâchement de la prise que s'il reconnaît qu'elle a été faite contrairement au droit des gens. On ne peut assimiler le cas où une prise neutre est conduite dans un port de son souverain, à celui où une prise faite sur un belligérant est conduite dans un port du même État belligérant. Entre belligérants, il existe un droit de prise réciproque dérivant de l'état de guerre, qui a pour effet d'enlever au capteur, qui devient lui-même capturé, la prise conduite dans un des ports du belligérant sur lequel elle a été faite; entre neutre et belligérant, le même droit ne saurait exister dès qu'ils ne sont pas en guerre (1). Le souverain neutre dans le port duquel est conduite une prise faite sur ses

(1) Voy. Cuneus, *Resp. in causâ postliminii*, p. 521 ; Heineccius, *De commiss.*, cap. II, § 9, et le § suiv.

sujets par un belligérant, peut sans doute matériellement faire relâcher cette prise; mais il ne le peut avec droit qu'autant qu'il juge que la prise n'est pas légitime; car il est manifeste que si, tout en la reconnaissant légitime, il en ordonnait cependant le relâchement, il commettrait une injustice en violant la neutralité, et qu'il en serait de même s'il ordonnait ce relâchement sans examen préalable, et comme conséquence nécessaire de l'entrée dans un de ses ports, puisque dans ce cas encore il ne tiendrait aucun compte de la légitimité de la capture. Concluons donc de là que le souverain neutre dans le port duquel a été conduite une prise faite sur un de ses sujets n'a qu'un droit d'examen des circonstances de la prise, et que, s'il peut la faire relâcher lorsqu'elle ne lui paraît pas légitime, il doit maintenir le capteur en possession si la prise a été bien faite.

Sans doute, de la diversité des principes suivis par les belligérants et par les neutres sur la légitimité des prises, il peut résulter qu'une prise faite conformément aux principes admis par le belligérant soit relâchée comme contraire aux principes admis par le souverain neutre. Mais ce résultat, qui est la conséquence forcée d'un dissentiment sur la manière de juger, ne peut porter atteinte au droit de juger; et le belligérant ne serait pas plus fondé à s'en faire un argument contre le droit du neutre de connaître des prises faites sur ses sujets et qui sont conduites dans ses ports, que le neutre lui-même ne serait fondé à constater la compétence du belligérant sur la prise conduite dans un port du capteur, sous prétexte que les principes qui doivent y présider au jugement de la prise ne sont pas les mêmes que ceux qui sont admis par le neutre.

La solution que j'ai donnée, après en avoir emprunté le principe à Galliani, me semble donc la plus conforme au droit des gens et aux prérogatives de la souveraineté réciproque des belligérants et des neutres.

Cependant il faut reconnaître qu'elle n'est pas suivie par la législation française. L'art. 15 du titre *des Prises* de l'ordonnance de 1681, conforme à une déclaration antérieure du 22 septembre 1638, veut que si dans les prises amenées dans

les ports français par des navires armés sous commission étrangère, il se trouve des marchandises appartenant à des sujets français, elles leur soient rendues. Dans le système de cette ordonnance, qui est aussi celui d'Azuni, il n'est pas nécessaire de vérifier si la prise française a été ou non légitimement faite : le capteur cesse dans tous les cas d'y avoir aucun droit dès qu'elle est amenée dans un port appartenant à la France. Valin (1) prétend, il est vrai, que l'art. 15 précité ne doit être appliqué qu'au cas de relâche forcée par tempête. Mais il est évident que cet auteur s'est trompé, et que la généralité des termes de l'ordonnance ne permet d'y voir aucune distinction (2).

La loi d'Espagne, quoique fondée sur le même principe, est moins favorable aux Espagnols. « Si un navire est conduit dans mes ports, dit le roi d'Espagne dans l'art. 7 d'une cédule du 14 juin 1797, et chargé d'effets de propriété espagnole, toutes les fois que la valeur de ces effets atteint la moitié de la valeur du chargement, la prise sera jugée par mes tribunaux ; mais si la valeur ne monte pas à la moitié de celle de la cargaison, la prise sera jugée par les tribunaux du capteur. »

En résumé, c'est toujours au juge du capteur qu'il appartient de connaître définitivement de la validité de la prise ; et dans les cas même où le neutre chez lequel une prise a été conduite peut avoir un droit d'examen sur les circonstances de la prise, ce neutre ne peut statuer que préjudiciellement, de telle sorte que si sa décision maintient la capture, le capteur doit se retirer devant son juge naturel, pour procéder suivant la loi particulière établie par son souverain (3).

413. Telles sont au surplus, sauf sur ce dernier point, les règles généralement admises par le droit des gens positif et conventionnel, ou par les usages qui en tiennent lieu. La plupart des traités de paix ou de commerce stipulent que le juge du capteur connaîtra de la légitimité de la prise (4) ; et l'au-

(1) Valin, p. 107 et suiv.

(2) Azuni, t. II, p. 328 ; Merlin, *Repert.*, v. *Prises*, § 7, art. 1, n. 5.

(3) Hautefeuille, t. III, p. 339 et suiv.

(4) Voy. traité d'Utrecht, art. 30 ; traité du 21 décembre 1739, entre la France et les Pays-Bas, art. 30 ; du 25 août 1742, entre la France et le Da-

torité des consuls dans les ports neutres a été reconnue par un consentement tacite partout où elle n'était pas établie par les traités (1).

414. De ce que le jugement des prises n'a pas pour objet la solution d'une question contentieuse ou d'un procès ordinaire, de ce qu'il constitue au contraire un acte de souveraineté et de haute police, il suit que c'est au gouvernement ou à ses délégués spéciaux qu'il appartient de connaître des prises, dans une forme en quelque sorte administrative, et non aux tribunaux ordinaires. Et alors même qu'il y aurait à rendre un véritable jugement, les tribunaux ordinaires, juges des contestations d'intérêt privé qui s'élèvent entre les particuliers, ou des questions d'ordre public qui n'intéressent que l'ordre intérieur de l'État, ne pourraient sans danger connaître des difficultés qui s'élèvent entre deux États, et qui doivent se résoudre aussi bien par les principes généraux du droit des gens, par la raison d'État et les règles de la réciprocité, que par les lois particulières de chaque nation.

Aussi, dans la législation française, les plus anciennes ordonnances avaient-elles attribué aux amirautés le jugement des prises (2), cependant avec l'inconvénient de l'appel, soit à la Table-de-Marbre, soit au parlement; ce qui, par dérogation au principe admis pour le premier degré de juridiction, était permettre aux tribunaux, pour le second degré, de faire invasion hors de leur domaine. Plus tard, et à une époque assez difficile à déterminer, les amirautés ne conservèrent d'autres attributions que celle de faire l'instruction et les procédures ; quant au jugement, il fut atribué à l'amiral en personne (3); et ensuite par lettres-patentes du 20 décembre 1659, le jugement des prises passa de l'amiral à un conseil composé de conseillers d'État et de maîtres des requêtes, établi sous le nom de conseil des prises, présidé par l'amiral, et dont les appels étaient portés au

nemark, art. 37 ; du 26 septembre 1786, entre la France et l'Angleterre, art. 32.

(1) Voy. *sup.*, n. 411.

(2) Ord. de 1400, art. 4, 6, 7, 10, 12, et 24; de 1527, art. 2, 3, 5, 8 et 9 ; de 1543, art. 16 et suiv. ; de 1584, art. 32 et suiv.

(3) Déclaration du 1er fév. 1650, art. 6 et 9. Voy. Valin, p. 220.

conseil d'État du roi. Ce conseil, dont la composition, les pouvoirs, tant en la forme qu'au fond, furent successivement déterminés ou modifiés par les règlements des 9 mars 1693, 12 mai 1702, 12 février 1729, 3 novembre 1733, 23 avril 1744, 19 juillet 1778, fut supprimé dès le début de la révolution. Une loi du 3 brumaire an IV, qui s'écartait de tous les principes de la matière, attribua alors le jugement des prises aux tribunaux de commerce; et une autre loi du 8 floréal de la même année, persistant dans l'erreur et l'aggravant, décida que l'appel des jugements rendus sur les prises par les tribunaux de commerce serait porté devant les tribunaux de département. On ne se rappelle que trop, dit M. Merlin (1), combien furent désastreux les résultats de cette étrange législation. Aussi fixa-t-elle les premiers regards du gouvernement consulaire, si jaloux de donner à l'Europe des garanties d'ordre et de stabilité. Dès le 26 ventôse an VIII, il intervint sur sa proposition une loi portant qu'à compter du jour de sa publication, les tribunaux cesseraient de connaître de la validité des prises maritimes, et que le gouvernement pourvoirait au mode de leur jugement. En exécution de cette loi, un arrêté du 6 germinal suivant, complété plus tard par l'arrêté du 2 prairial an XI, attribua en première instance dans nos ports, aux officiers d'administration; dans les ports neutres, aux consuls; et en appel, à un conseil des prises, la juridiction en cette matière. Depuis, une ordonnance du 25 août 1815 a supprimé le conseil des prises et lui a substitué le comité du contentieux du conseil d'État. Mais trois décrets impériaux rendus à l'occasion de la guerre d'Orient et de la guerre d'Italie, l'un le 18 juillet 1854, le second le 9 mai 1859, et le troisième le 28 novembre 1861 (2), ont reconstitué le conseil des prises, avec recours devant le conseil d'État (3).

(1) Répert., v° *Prises marit.*, § 7, art. 2.

(2) Ce décret a été promulgué le 18 août 1870 (*Bulletin officiel*, 1847, n° 18,029).

(3) Les recours dirigés contre les décisions du Conseil des prises institué par ces décrets, devaient être portés devant l'assemblée générale du Conseil d'État, et non devant le Conseil d'État délibérant au contentieux. Cons. d'État, 11 janvier 1855, S., 55, 2, 437. — Voy. l'historique des

En Angleterre, le jugement des prises est attribué aux tribunaux d'amirautés établis dans les ports du royaume et dans toutes les contrées maritimes. Les appels des jugements sont portés au conseil privé du roi (1).

415. La forme de procéder pour jugement des prises est réglée par les arrêtés des 6 germinal an VIII et 2 prairial an XI, modifiés par les décrets précités. Les affaires de prises sont exceptées de celles qui sont jugées publiquement et après débat oral par le conseil d'État (2). Les décrets de 1854 et 1859 interdisent également toute publicité devant le conseil des prises (3).

416. Les propriétaires des effets et navires capturés sont suffisamment représentés au jugement par les capitaines de ces navires. Ils ne sont donc pas recevables à se pourvoir contre le jugement rendu avec le capitaine (4). Il y a plus : le jugement des prises devant avoir lieu d'office, et lors même qu'il n'y a pas de réclamation, il en résulte que le capteur n'ayant pas de contradicteur nécessaire, les propriétaires qui ne se sont ni présentés, ni fait représenter par le capitaine ou autre délégué, ne peuvent en aucun cas être recevables à former tierce opposition au jugement de validité.

417. La protection que chaque État doit à ses sujets autorise les agents diplomatiques ou consuls d'une nation neutre, sur laquelle le belligérant auprès duquel ils résident a fait des prises, à intervenir dans le jugement de validité, et à en demander la révision par l'autorité supérieure tant qu'il n'est pas devenu définitif, ou tant que cette autorité supérieure n'a pas prononcé. C'est ce qui a été positivement stipulé dans le traité de commerce et de navigation conclu en 1786, entre la France et la Grande-Bretagne (5). Toutefois les agents diplomatiques

diverses juridictions successivement appelées à juger les prises, dans l'ouvrage de MM. de Pistoye et Duverdy, t. II, p. 140 et suiv.

(1) Blackstone, *Lois anglaises*, ch. v, § 3; de Steck, *Essais*, p. 89.

(2) Ord. 9 sept. 1831.

(3) Art. 4.

(4) Conseil des prises, 29 prairial an VIII ; Conseil d'État, 1er mars 1856, S., 57, 2,650.

(5) Art. 35. « Toutes les fois que les ambassadeurs de Leurs Majestés

et consuls ne peuvent agir qu'officiellement et comme protecteurs; ils ne peuvent agir comme parties, ni se présenter eux-mêmes pour les défendre (1).

418. De ce que le jugement des prises a lieu plutôt dans un intérêt public et gouvernemental, que dans l'intérêt du capteur et du capturé, il suit qu'il ne peut intervenir entre eux aucune transaction sans l'attache du conseil des prises; c'est-à-dire que la transaction doit être revue par le conseil, et ne peut recevoir d'exécution qu'autant qu'il l'a approuvée et convertie en jugement (2).

419. Lorsque la prise est annulée, la capture est remise à celui sur qui elle a été faite, qui peut, suivant les circonstances, obtenir des dommages-intérêts contre le capteur, c'est-à-dire selon que le capteur est excusable ou inexcusable d'avoir fait la prise.

On décide même que, lorsque la prise est validée quant au navire, et annulée quant au chargement, les chargeurs auxquels il en est fait remise ne peuvent jamais prétendre à des dommages-intérêts (3).

Quant aux dépens de la procédure, ils sont à la charge du capturé alors même que la prise est relâchée, à moins que la prise ne soit évidemment mauvaise, et que rien ne puisse excuser le capteur.

Il y a plus : lorsque les réclamateurs n'ont droit ni à des dommages-intérêts ni aux dépens, ils ne peuvent prétendre ni aux frais de garde de la prise, ni au remboursement de toutes les dépenses exigées par le soin de sa conservation dans

susdites, tant d'une part que de l'autre, ou quelque autre de leurs ministres publics, qui résideront à la cour de l'autre prince, se plaindront de l'injustice des sentences qui ont été rendues (au sujet des prises), Leurs Majestés, respectivement, les feront revoir et examiner en leur Conseil, à moins que ledit Conseil n'eût déjà décidé, afin que l'on connaisse avec certitude si les ordonnances et les précautions prescrites au présent traité auront été suivies et observées. » Voy. de Steck, p. 109.

(1) Décision du Conseil des prises du 3 prair. an VIII, S., 1, 2, 173; Décr. des 18 juill. 1854, et 9 mai 1859, art. 9.

(2) Cons. des prises, 13 prair. an VIII.

(3) Valin, p. 238.

le port où elle a été conduite, non plus que de celles faites pour la nourriture de l'équipage (1).

420. Si au contraire la prise est déclarée valable, il est aussitôt procédé à la vente dans la forme prescrite par les art. 84 et suivants de l'arrêté du 2 prairial an XI, à moins que, par mesure de précaution, il n'ait été nécessaire de procéder à la vente avant le jugement.

Dans le mois qui suit la vente, l'armateur dépose au greffe du tribunal de commerce le compte du produit de la prise, qui est ensuite liquidée; et lorsque la course est finie, on réduit en liquidation générale toutes les liquidations particulières des prises faites par le corsaire, dont le reliquat forme le bénéfice à partager (2).

Ce partage a lieu, lorsqu'il s'agit d'une prise faite par un corsaire, dans la proportion d'un tiers pour l'équipage capteur, et des deux tiers pour les armateurs, sous la retenue de 5 cent. par franc, au profit de l'État, qui les applique à la caisse des invalides de la marine (Arr. 2 prair. an XI, art. 91 et suiv.) : Cette retenue est fondée en droit sur ce que l'État au nom duquel agissent les corsaires est en réalité le vrai propriétaire du produit de la course, de telle sorte que, s'il peut en faire l'abandon aux armateurs et à l'équipage, il peut par la même raison s'en réserver telle partie qu'il juge convenable.

Autrefois, et de toute ancienneté, comme dit Valin, le dixième du produit de la course, déduction faite seulement des frais de justice, de décharge et de vente, était attribué à l'amiral (Ord. 1681, liv. I, tit. I, art. 9; et liv. III, tit. IX, art. 32.) Un édit du mois d'août 1743 porta une première atteinte aux droits de l'amiral, en ordonnant que son dixième ne serait pris à l'avenir que sur le bénéfice net revenant aux armateurs et aux gens de l'équipage. Bientôt après, une déclaration du 5 mars 1748, renouvelée le 15 mai 1756, suspendit le dixième de l'amiral pour toute la durée des guerres au cours desquelles elles furent publiées; enfin, par un édit du

(1) Arrêt du Cons., du 24 déc. 1705; Valin, p. 240; de Steck, *Essais*, p. 113.

(2) Arr. 2 prair. an XI, art. 88 et suiv.

mois de septembre 1758, enregistré au parlement le 26 octobre suivant, le droit de dixième a été définitivement supprimé. Il n'a pas été rétabli depuis ; et il n'existe aujourd'hui aucun droit équivalent, car la retenue de 5 cent. par franc n'est que la représentation des 6 deniers pour livre, qui, sous l'ancienne législation, étaient retenus au profit de la caisse des invalides de la marine, concurremment avec le dixième de l'amiral.

Quand il s'agit d'une prise faite par un bâtiment armé en guerre et marchandises, la part de l'équipage, au lieu d'être du tiers, n'est plus que du cinquième (art. 92).

Si la prise est faite par deux ou plusieurs corsaires réunis en société, la répartition du produit est faite entre les bâtiments suivant les conventions sociales. Si au contraire elle est faite par des corsaires qui ne sont pas réunis en société, le produit en est partagé entre eux en proportion de leur force respective, déterminée par le nombre et le calibre de leurs canons, caronades et obus, ainsi qu'il est prescrit par le décret du 9 septembre 1806.

Quant aux prises faites par les bâtiments de l'État seuls, ou concurremment avec des corsaires particuliers, la répartition en est faite dans la forme et de la manière prescrite par un arrêté du 9 ventôse an XI, dont les dispositions purement réglementaires sortiraient de mon sujet.

Le tiers ou le cinquième attribué aux équipages dans le produit des prises, est partagé entre les hommes qui le composent, suivant leur grade, dans les proportions indiquées par les art. 99 et suiv. de l'arrêté du 2 prairial an XI.

421. Les mêmes règles sont appliquées aux rançons : lorsqu'il a été jugé qu'elles ont été régulièrement obtenues, le partage et la répartition en sont faits comme s'il s'agissait d'une prise effective.

§ VI. — *De la Recousse.*

Sommaire. — 422. Définition de la recousse. Ses conséquences diverses. — 423. De la recousse ou reprise faite par un bâtiment de la même nation que le capturé. — 424. Le propriétaire a le droit de revendiquer la capture. — 425. Loi contraire. — 426. Quand la reprise est-elle légitime ?

422. Jusqu'ici nous avons supposé que la prise faite sur un ennemi ou sur un neutre a été conduite à bon port au lieu où elle doit être jugée, et qu'aucun obstacle intermédiaire ne s'est opposé à ce que les droits du preneur sur la prise s'exercent dans toute leur plénitude et jusqu'à leurs dernières conséquences.

Mais il peut arriver que la marche des choses soit interrompue par un accident qui vienne placer la prise dans d'autres mains, et qui, en faisant cesser le droit du capteur, donne naissance à des prétentions nouvelles. C'est ce qui a lieu au cas de reprise ou de recousse (1).

Il y a recousse ou reprise, comme l'indique le mot, quand la prise faite par un bâtiment de guerre ou corsaire est reprise par un autre corsaire ou bâtiment de guerre. Dans ce cas, les droits du premier capteur sur la prise qui lui est enlevée, cessent avec sa possession; mais quels sont alors les droits du recapteur et que devient la reprise? Là est la difficulté.

423. La question peut se présenter dans plusieurs hypothèses que nous examinerons bientôt. Quant à présent, arrêtons-nous à la question principale, dont la solution doit faciliter celle de toutes les autres, et qui consiste à savoir quels sont les effets de la reprise quand elle est faite par un bâtiment de la même nation que le capturé. Il s'agit de savoir si, dans ce cas, le navire ou les marchandises, pris et repris, retournent à leur ancien propriétaire sur lequel ils avaient été premièrement capturés, ou s'ils deviennent la propriété du second capteur.

On comprend que cette question dépend de celle de savoir

(1) *Recousse*, ou *rescousse ;* en anglais *recapture ;* en espagnol *recobro ;* en hollandais *henomen-schepen ;* en allemand *Wiedereberung* ou *Wiederhennung ;* en italien *ricupero*.

si la prise a complétement dépouillé le propriétaire de la chose capturée de tout droit à cette chose, pour transmettre tous ces droits au capteur. Si, par la prise, tous les droits du capturé sont transmis au capteur, la reprise faite sur ce capteur ne peut profiter au capturé, qui n'a plus aucun droit à la chose prise, laquelle passe alors dans le domaine du recapteur. Si au contraire la prise n'a pas anéanti tous les droits du capturé, et lui a laissé la propriété de la chose dont elle lui a enlevé la possession, la reprise lui profite, parce que le recapteur ne saurait avoir sur cette chose plus de droits que le capteur lui-même, et que, dès qu'elle se trouve entre les mains d'un compatriote qui ne peut se prévaloir des droits de la guerre vis-à-vis du précédent propriétaire, celui-ci est en droit de la revendiquer.

Si donc il fallait suivre ici les principes absolus du droit des gens primitif qui sont contraires à la course maritime, il faudrait en conclure que les prises faites par des corsaires particuliers, réprouvées par le droit des gens, ne peuvent conférer aucun droit aux capteurs, et conséquemment aux recapteurs, de telle sorte que le droit de celui sur qui la chose a été primitivement prise reste entier et peut, après la reprise, être exercé contre le recapteur. Mais, comme j'ai déjà eu occasion de le dire, c'est d'un autre point de vue qu'il faut envisager les questions nées d'un état de choses, qui, bien que contraire au droit des gens primitif, est entré dans le droit des gens conventionnel : nier la puissance de ce droit, ce serait nier la difficulté dans la théorie pour la laisser subsister pleine et entière dans la pratique. Il faut donc chercher à résoudre la question en considérant la course comme licite, d'autant plus qu'il y a des prises qui sont faites par des bâtiments de guerre dont le droit n'est pas contesté.

Partons donc de ce point que tout capteur a le droit de faire des prises pour se les approprier; et cherchons quand et comment le capteur se les approprie.

D'après les jurisconsultes romains qui ont résolu des questions analogues relativement au butin, aux prisonniers faits pendant la guerre, et au droit de postliminie, les choses mobi-

lières ne retournaient à leurs anciens maîtres que lorsqu'elles étaient reprises avant d'être sorties du territoire; et les prisonniers de guerre ne redevenaient libres et ne restaient citoyens que lorsqu'ils s'évadaient avant d'avoir été conduits chez l'ennemi, *intra sua præsidia* (1): on considérait que celui qui avait perdu sa chose ou sa liberté, perdait par la conduite chez l'ennemi toute espérance de recouvrer l'une ou l'autre. Et Grotius, adoptant les solutions de la loi romaine, pose en règle qu'on est censé avoir pris une chose par droit de guerre, lorsqu'on s'en est rendu maître de telle manière que l'ennemi à qui on l'a enlevée, doive vraisemblablement avoir perdu l'espérance de la recouvrer, ou lorsque cette chose est à couvert de la poursuite de l'ennemi (2): d'où il conclut que les navires ou autres choses dont on s'empare sur mer ne sont censés pris que lorsque le capteur les a conduits dans un port ou dans une rade de sa dépendance, ou en pleine mer, au milieu d'une flotte, c'est-à-dire, en lieu de sûreté, parce que c'est alors seulement que l'ennemi commence à désespérer de les recouvrer.

Ce système, auquel le *Consulat de la mer* (3) avait depuis longtemps donné force de loi, fut suivi par un grand nombre de publicistes (4). Cependant il ne prévalut pas dans l'usage. On trouva sans doute qu'il était d'une application assez difficile, ou qu'il laissait trop longtemps en suspens le droit du capteur; et il sembla alors plus simple de fixer un délai après lequel le droit du capteur sur la prise était définitivement consolidé, de telle sorte que la reprise ou recousse faite après ce délai profitât au recapteur, et non au précédent propriétaire. Ce délai, dont la durée était nécessairement arbitraire, fut généralement fixé à vingt-quatre heures.

(1) L. 5, § 9; 1, § 3, et 30 ff. *De captivis et postliminio.*

(2) Lib. III, ch. VI, § 3, n. 1.

(3) Ch. 287.

(4) Zouchæus, *De jure feciali,* part. II, sect. VIII, quæst. 1; Loccenius, *De jure marit.*, lib. II, cap. IV, n. 4; Vattel, liv. III, chap. XIII, § 196. *Bona in bello capta*, dit le cardinal de Luca (*De credito*, disc. 4, n. 9), *quæ in hostium præsidiis pernoctaverint, quoniam etiam et ab eis auferantur, seu alias per amicos acquirantur, postliminio non redeunt.*

C'est l'ordonnance de 1584 qui introduisit en France cette règle nouvelle. « Un navire pris par les ennemis, s'il a demeuré entre leurs mains jusqu'à vingt-quatre heures, porte l'article 61 de cette ordonnance, et après il soit recous et repris par les Français, la prise sera déclarée bonne; mais si ladite recousse est faite auparavant les vingt-quatre heures, il sera restitué avec tout ce qui était dedans : en aura toutefois le navire de guerre qui l'aura recous et repris, le tiers. » Cependant cette disposition, bien que conforme aux usages de plusieurs peuples maritimes (1), ne fut pas admise sans difficultés. Cleirac (2) nous apprend que les parlements de Rouen et de Bordeaux résistèrent, et continuèrent à juger que la recousse faite avant que la prise eût été conduite en lieu de sûreté, profitait à l'ancien propriétaire et non au recapteur. Néanmoins, l'art. 8 de l'ordonnance de 1681, au titre des *Prises*, reproduisit la disposition de l'ordonnance de 1584, qui, après avoir été confirmée par l'édit du 15 juin 1779, a été définitivement maintenue par l'arrêté du 2 prairial an XI. Si donc, dans l'état actuel de notre droit, un navire français ou allié est repris par des corsaires sur les ennemis de l'État, après qu'il aura été vingt-quatre heures entre les mains de ces derniers, il appartiendra en totalité auxdits corsaires; si au contraire la reprise a été faite avant les vingt-quatre heures, le droit de recousse ne sera que du tiers de la valeur du navire recous et de sa cargaison. Dans le cas où la reprise est faite par un bâtiment de l'État, la règle se modifie : la reprise est alors restituée aux propriétaires, à la charge par eux de payer aux équipages repreneurs le trentième de sa valeur, si elle a été faite avant les vingt-quatre heures; et le dixième, si la reprise a eu lieu après les vingt-quatre heures. Les propriétaires doivent de plus payer, dans l'un et l'autre cas, tous les frais relatifs à la reprise qui leur est restituée. Telles sont les dispositions de l'art. 54 de l'arrêté précité du 2 prairial an XI.

(1) Voy. Loccenius, *loc. cit.*, et n. 8.
(2) P. 378.

Cette législation, à laquelle le délai de vingt-quatre heures sert de base, est suivie dans presque toute l'Europe. L'Espagne, qui avait d'abord suivi la loi de la restitution, « *per la obligation que tiene el rey de defender y garder sus subditos y la mar de corsarios y librarlos de ellos* (1), » adopta plus tard la loi commune, ainsi qu'on le voit par les ordonnances du 21 août 1702 et 17 novembre 1728 (2). Les anciennes lois hollandaises, dont Bynkershoëk nous donne le détail (3), ainsi que les lois plus nouvelles citées par Azuni (4), prenaient aussi le terme de vingt-quatre heures comme point de départ, tout en accordant plus ou moins au recapteur, suivant que cette période de vingt-quatre heures avait été plus ou moins de fois révolue entre la prise et la reprise. Quant à l'Angleterre, il paraît qu'on y suit la règle de la restitution dans tous les cas, sauf le prélèvement d'un huitième pour les frais de reprise. Un acte du parlement de 1692, qui, suivant Azuni, est la première loi qu'on connaisse en Angleterre au sujet des reprises, s'était, il est vrai, rattaché au système des vingt-quatre heures, en établissant, comme les lois hollandaises, un rapport entre la portion attribuée au recapteur et la durée plus ou moins longue de la possession du premier capteur; et ses dispositions avaient été reproduites dans des actes subséquents de 1740, 1744 et 1746. Mais cet état de choses fut changé pendant la guerre de l'indépendance américaine. Deux actes du parlement, de 1776 et 1777, réglèrent que si des effets appartenant à des sujets du roi d'Angleterre étaient pris par les Américains rebelles, et repris par un vaisseau du roi ou par un armateur, la reprise serait toujours restituée au propriétaire, moyennant un huitième pour droit de reprise. Des actes de 1779 et 1780 étendirent les effets de cette nouvelle législation aux navires ou effets des sujets anglais pris par les autres parties belligérantes, telles que la France, l'Espagne et la Hollande; et il ne paraît pas que depuis lors le

(1) Cleirac, p. 379.
(2) Abreu, part. I, ch. III, et part. II. ch. V.
(3) *Quæst. jur. publ.*, lib. I, cap. V.
(4) T. II, p. 385.

gouvernement anglais ait abandonné cette règle pour revenir à celle qu'il avait d'abord adoptée (1).

424. Entre ces différents systèmes, je n'hésite pas à me prononcer pour celui qui, en cas de reprises, restitue la chose au propriétaire sur lequel la capture a été primitivement faite.

Que dans les temps anciens, où la guerre se faisait pour le pillage et le butin, on ait placé la guerre au nombre des moyens d'acquérir, cela se comprend ; et encore avons-nous vu que les choses prises ne passaient dans le domaine du preneur qu'autant qu'il les avait mises à couvert de la poursuite de l'ennemi, et que celui-ci avait perdu l'espérance de les recouvrer. Mais que dans les temps modernes, où la guerre a un autre mobile que l'intérêt individuel, et où on ne se bat plus pour piller, on puisse adopter les principes du droit romain, et même, dans l'application, en exagérer la portée, c'est ce que je ne crois pas admissible. Il est vrai que la capture est autorisée, et que le capteur qui a fait une prise et l'a amenée dans un port de sa domination, est reconnu propriétaire de sa valeur. Mais c'est là moins une véritable propriété qu'une possession de fait qui ne repose que sur la volonté du souverain du capteur, et qui n'a de réalité que parce que la chose prise se trouve placée hors des atteintes de celui à qui elle a été prise. C'est une occupation fondée sur la force, mais non sur le droit, et qui ne peut être translative de propriété que lorsque le capturé a renoncé à ses droits pour reconnaître ceux du capteur; mais comme, tant que dure la guerre, le capturé n'est jamais présumé faire cette renonciation, qui ne peut résulter que des stipulations générales d'un traité de paix, et qu'au contraire, alors même qu'il a perdu l'espérance de recouvrer sa chose, il est présumé conserver la volonté de la reprendre s'il la retrouve jamais à sa portée, il faut en conclure que le droit qui naît de l'occupation du capteur est essentiellement résoluble, et qu'il cesse au moment où à sa possession succède à celle d'un tiers qui, se trouvant soumis à la

(1) Phillimore, t. III, § 418.

même juridiction que le capturé, reste passible de son action en revendication. Lors donc qu'une reprise a lieu, quel que soit le temps écoulé depuis la prise, la chose doit être restituée à son précédent propriétaire, sous la seule déduction des frais de reprise et de la récompense due aux équipages repreneurs (1).

Peu importe même que la chose ait été mise à couvert de la poursuite, *intra præsidia*, car l'impossibilité actuelle de la poursuite n'empêche pas qu'il n'y ait volonté de poursuivre.

Peu importe même qu'elle ait été vendue à un tiers, ennemi ou neutre, qui en connaîtrait l'origine, et qui ne pourrait conséquemment avoir plus de droits que son vendeur, qu'il saurait n'en pas avoir. Mais si l'acheteur ignorait l'origine de la chose, et l'avait achetée, soit dans un marché, soit dans une vente publique, soit d'un marchand vendant des choses pareilles, le propriétaire originaire ne pourrait se faire rendre la chose qu'en remboursant au possesseur le prix qu'elle lui a coûté (2).

Le droit de revendication ne cesserait dans ces différents cas que si la chose avait été dénaturée, soit dans sa forme, soit dans sa qualité, parce qu'alors, à vrai dire, la chose n'existerait plus.

Telle, est selon nous, la véritable solution de la question, qui s'écarte, comme on le voit, du système de la loi française, pour se rapprocher de celui de la loi anglaise. C'est même, il faut l'avouer, une des singularités de la question, de voir l'Angleterre, dont la législation et les usages maritimes s'éloignent sur tous les points des principes du droit naturel, s'en rapprocher sur celui-ci précisément quand la France, qui tend souvent à s'en rapprocher, s'en éloigne.

425. Quelle que soit au surplus l'opinion que l'on se forme de la loi française en cette matière, il n'en faut pas moins l'observer, et tenir pour constant que, sous son empire, la reprise faite vingt-quatre heures après la prise appartient en entier au recapteur, et que faite avant les vingt-quatre

(1) Hautefeuille, t. III, p. 390.
(2) Code civ., 2280.

heures, elle doit être restituée au précédent propriétaire, sauf la déduction des droits de recousse, que la loi fixe au tiers de la valeur du navire recous et de sa cargaison.

426. Remarquons au surplus qu'une reprise n'est légitime, de telle sorte que faite vingt-quatre heures après la prise elle soit un titre de propriété pour celui qui a fait la recousse, qu'autant que la première prise était de nature à pouvoir être déclarée valable. Si donc la prise est nulle ou annulable, il en est de même de la reprise, et celui qui l'a faite doit la restituer au propriétaire, sans pouvoir y prétendre autre chose que le recouvrement des frais et des dépenses que la reprise lui a occasionnés (1).

427. Du reste, comme nous l'avons déjà vu, cette attribution de la propriété de la reprise faite vingt-quatre heures après la prise, n'a lieu que lorsque la reprise est faite par un corsaire : si elle est faite par un bâtiment de l'État, on rentre sous l'empire des principes du droit des gens primitif; la reprise est restituée aux propriétaires, qui n'ont à payer aux équipages repreneurs qu'une gratification du trentième ou du dixième de la valeur de la reprise, suivant qu'elle a été faite avant ou après les vingt-quatre heures, indépendamment des frais de la reprise. — Quant aux navires pris par l'ennemi dans les rades ou ports français, et repris par les troupes françaises, avant d'avoir été conduits dans aucun port ennemi, ils sont rendus aux armateurs ou propriétaires, qui peuvent constater leurs droits de propriété : telle est la disposition de l'art. 3 de la loi spéciale de 12 vendémiaire an VI.

428. Les règles applicables à la reprise d'un navire français sont applicables à la reprise d'un navire allié qui aurait été pris par l'ennemi commun. L'art. 54 de l'arrêté du 2 prairial an XI est formel sur ce point.

429. Mais en serait-il de même d'un bâtiment neutre qui, pris par un belligérant, serait repris par un autre belligérant? Le bâtiment neutre pourrait-il devenir la propriété du second capteur, si la reprise avait lieu après les vingt-quatre

(1) Azuni, t. II, p. 3 5. V. Calvo, t. II, § 1340.

heures, ou si la reprise avait lieu avant les vingt-quatre heures, ne pourrait-il être restitué au propriétaire que sous la déduction du droit de recousse déterminé par la loi? Je le crois, mais pour le cas seulement où la prise du neutre aura été déterminée par un acte hostile, parce qu'alors, agissant en ennemi, il doit être traité comme tel. Si au contraire le neutre avait été indûment pris, et bien qu'il se fût maintenu dans les bornes d'une exacte neutralité, la prise, qui ne serait pas légitime et qui ne conférerait aucun droit au capteur, ne pourrait, par la même raison, en conférer aucun au repreneur (1).

430. Par la même raison, la reprise faite sur un pirate qui n'a aucun droit légitime de faire des prises, ne peut, en aucun cas, profiter au repreneur (2). Le contraire avait cependant été jugé par arrêt du parlement de Paris, du 22 avril 1624, rendu contrairement aux conclusions de l'avocat général Servin, dans une affaire où il s'agissait de reprises faites sur des pirates algériens (3); et il paraît que cette jurisprudence était conforme aux anciennes lois de Venise et d'Espagne (4): ce qui avait induit Vattel en erreur, au point de lui faire poser en règle générale qu' « on ne serait pas reçu à réclamer un vaisseau pris par les corsaires de Barbarie, et vendu à un tiers ou repris sur eux, quoique les pirateries de ces barbares ne puissent que très-improprement être considérées comme des actes d'une guerre en forme (5). « La question est d'ailleurs formellement résolue aujourd'hui par l'art. 56 de l'arrêté du

(1) Voy. Valin, *Des prises*, p. 89. Voy. cependant deux décisions du Conseil des prises des 6 et 25 thermidor an VIII, et les conclusions de M. Portalis qui les ont précédées, dans le *Répert.* de M. Merlin, v° *Prises*, § 3, art. 4. — Voy. aussi Hautefeuille, t. III, p. 406; de Pistoye et Duverdy, t. II, p. 120; et Calvo, t. II, § 1345.

(2) Valin, p. 98; Azuni, t. II, p. 351; Cleirac, p. 380; Loccenius, *De jure marit.*, lib. II, cap. IV, n. 4: *Ea quæ nobis eripuerunt piratæ*, dit-il, *non opus habent postliminio, quia jus gentium illis non concedit, ut jus dominii mutare possint*. V. Calvo, t. II, § 1348.

(3) Bouchel, v° *Recousse*.

(4) Grotius, liv. III, chap. IX, § 17; Valin, p. 100; Abreu, part. II, ch. VI, § 3.

(5) *Droit des gens*, liv. III, ch. XIII, § 196.

2 prairial an XI, qui dispose, comme l'avait déjà fait l'art. 10 de l'ordonnance de 1861, que les navires ou effets des Français ou alliés repris sur les pirates et réclamés dans l'an et jour de la déclaration qui en aura été faite, seront rendus aux propriétaires en payant le tiers de la valeur du navire et des marchandises, pour frais de recousse (1).

Mais pour l'application de cette disposition, il est évident qu'il faut que le navire ait été repris sur les pirates par un Français. Si c'était par un étranger, la reprise serait à son profit, à moins que la loi de son pays ne fût semblable à la nôtre, puisqu'on n'aurait contre lui aucun moyen coercitif pour le forcer à restituer la reprise, sauf cependant le cas où cet étranger ramènerait en France le navire ou les effets qu'il aurait repris sur les pirates (2).

D'où il faut conclure avec Valin que les *alliés*, qui aux termes de l'art. 10 de l'ordonnance, et de l'art. 56 de l'arrêté du 2 prairial an XI, ont le droit de réclamer leurs effets repris sur des pirates par des Français, ne doivent s'entendre que de ceux qui suivent la même loi que nous, puisque autrement il n'y aurait pas de réciprocité dès que nous admettrions leurs réclamations quand ils repousseraient les nôtres, ce qui serait contraire aux principes d'égalité et de justice qui doivent être la règle commune des États.

431. En cas de prise d'un navire ennemi qui est trouvé porteur d'un billet de rançon qu'il a exigé d'un navire précédemment arrêté, il n'y a pas recousse ou reprise de la rançon : elle reste due au premier capteur, ainsi que nous l'avons déjà expliqué (3).

432. Il y a en matière de reprise une question fort délicate : c'est celle de savoir quels sont les droits réciproques du capteur et du recapteur, lorsqu'il y a reprise sur reprise. La question s'est présentée dans l'espèce suivante rapportée par Valin dans son commentaire, sur l'art. 8 de l'ordonnance de 1681 : Un

(1) Voy. Hautefeuille, t. III, p. 407 et suiv.

(2) Voy. l'arrêt du 19 oct. 1809 ; S., *Coll. nouv.*, vol. III, 1, 116 ; — Dall., *Rec. apl.*, t. II, p. 388. — Arrêt du Parlement de Bordeaux du 8 mars 1645, rapporté par Cleirac, *loc. cit.*

(3) V. *sup.*, n. 399. — Voy. cependant Calvo, t. II, § 1349.

navire anglais est pris par un corsaire français qui le garde plus de vingt-quatre heures. Ces deux navires sont ensuite repris ensemble par un corsaire anglais qui, après moins de vingt-quatre heures, est repris à son tour avec la reprise par un second corsaire français. De là une contestation entre les deux armateurs français, non pour le navire français pris et recous une seule fois, et sur lequel le second armateur n'avait à prétendre que le tiers pour droit de recousse, mais pour la première prise anglaise, qui avait été deux fois reprise. Le premier armateur français prétendait qu'ayant gardé la prise plus de vingt-quatre heures, elle lui était pleinement acquise, de sorte qu'après ce délai le bâtiment anglais avait dû être considéré comme français : d'où il concluait que, dans la première recousse, il n'y avait aucune différence à faire entre ce navire et le navire français, l'anglais qui les avait repris tous les deux ne les ayant pas gardés pendant vingt-quatre heures. — Le second armateur répondait, que par la prise, le premier avait sans doute acquis la propriété du navire anglais; mais que cette propriété n'était pas incommutable, et que la reprise la lui avait fait perdre, parce qu'elle avait produit un effet tel que ce qui était auparavant en son pouvoir et légitimement possédé par lui, avait cessé de lui appartenir comme s'il n'y avait jamais eu aucun droit, dès l'instant qu'il avait cessé de posséder. D'où l'on concluait que le second armateur, qui reprend le premier avec la prise qu'il avait faite, devient réellement propriétaire du bâtiment ennemi que l'ennemi avait recouvré, et dans lequel le premier armateur français n'avait plus aucun droit.

Les raisons du second armateur prévalurent, et la question fut décidée en sa faveur par arrêt du Conseil des prises du 2 janvier 1695. Cependant, il n'est pas douteux que si les raisons du second armateur étaient plus conformes aux principes du droit des gens primitif, tels que nous les avons exposés plus haut, celles du premier se rapprochaient davantage de l'esprit de la législation qui régissait et régit encore la matière, et avec lequel cet arrêt s'est mis en contradiction. La question n'en a pas moins été jugée dans le même sens par quatre arrêts pos-

térieurs du conseil, des 17 octobre 1705, 5 juin 1706, 14 juin 1710 et 5 novembre 1748 (1).

433. S'il arrivait que l'équipage se délivrât lui-même de l'ennemi qui l'aurait pris, ce ne serait pas là une recousse ou une reprise qui, dans le cas où la délivrance aurait lieu après les vingt-quatre heures, pût donner à l'équipage le droit de prétendre à la propriété du navire ou de la cargaison ; et qui, dans le cas où elle aurait eu lieu avant les vingt-quatre heures, l'autorisât à prétendre au tiers pour droit de recousse. L'équipage, en délivrant le navire, n'a fait que son devoir ; et comme il s'est délivré lui-même, il a travaillé autant dans son intérêt que dans celui des propriétaires du navire ou du chargement. Il ne peut donc que prétendre, dans ce cas, à une récompense proportionnée aux dangers qu'il a courus et au service qu'il a su rendre (2).

434. L'art. 55 de l'arrêté du 2 prairial an XI prévoit un cas qui a quelque rapport avec la recousse. Aux termes de cet article, si le navire, sans être recous, est abandonné par les ennemis, ou si par tempête ou autre cas fortuit, il revient dans la possession des Français avant qu'il ait été conduit dans un port ennemi, il sera rendu au propriétaire qui le réclamera dans l'an et jour, quoiqu'il ait été plus de vingt-quatre heures entre les mains des ennemis. L'effet de cette disposition, prise de l'art. 9 de l'ordonnance de 1681, qui elle-même l'avait puisée dans le chapitre XI du *Guidon de la mer*, est d'assimiler les navires ou effets abandonnés, aux navires ou effets naufragés. Si donc les navires ou les effets abandonnés ont été trouvés en pleine mer, ou tirés de son fond, le tiers doit en être délivré à ceux qui les ont trouvés, à titre de droit de sauvetage, conformément à l'art. 27, liv. IV, tit. IX de l'ordonnance de 1681, spécial au cas de naufrage ; et si, au lieu d'être trouvés en pleine mer, ou tirés de son fond, les effets abandonnés sont trouvés échoués sur les côtes, l'inventeur n'a plus droit

(1) Voy. Calvo, t. II, § 1350 ; Pistoye et Duverdy, t. II, p. 114 et suiv.

(2) Sentence de l'amirauté de Marseille du 8 janv. 1748, citée par Émérigon, *Des assurances*, ch. XII, sect. XXV ; Décis. du Cons. des prises du 13 fruct. an IX ; Valin, p. 97 ; Azuni, t. II, p. 349.

qu'aux frais par lui faits pour les sauver (art. 26) (1).

435. Remarquons en terminant, ainsi que nous l'avons vu dans le paragraphe qui précède, qu'on peut assimiler jusqu'à un certain point à la recousse la conduite d'une prise dans un des ports de la puissance sur laquelle la prise a été faite. Nous sommes entré sur ce point à l'endroit cité dans des détails qui nous dispensent de revenir ici sur les questions qui peuvent naître suivant qu'il s'agit d'une prise neutre ou ennemie (2).

436. Ici se terminent les explications que j'avais à donner sur les effets de la guerre, relativement au commerce. Quoique les principes de justice, d'équité et de moralité qui forment la base du droit des gens soient immuables, on a pu voir que la conduite des nations a varié, que les lois elles-mêmes ont été incertaines, comme s'il n'y avait aucun principe fixe auquel on pût se rattacher. Trop souvent l'intérêt du moment a été le mobile des actions et le régulateur de la conduite des gouvernants et des gouvernés, qui, sacrifiant l'avenir au présent, n'ont pas su voir que les intérêts de l'humanité sont toujours les mêmes, toujours conformes à la justice, et que, lorsqu'on s'écarte des devoirs qu'elle impose, on compromet ces intérêts en croyant les servir.

CHAPITRE III

DES CONSULS.

Sommaire. — 437. Des consuls et des agents diplomatiques. — 438. Origine des établissements consulaires. — 439. Division de ce chapitre.

437. Les relations internationales, pacifiques ou guerrières dont l'exposition se trouve dans le chapitre qui précède, ont amené l'établissement d'agents, envoyés d'un peuple chez l'autre, pour protéger les nationaux et le commerce national.

(1) Valin, p. 202; — Beaussant, *Code marit.*, t. II, p. 80 et suiv. — *Contrà*, Azuni, t. II, p. 256, qui pense que celui qui trouve un navire abandonné après prise n'a droit, dans tous les cas, qu'à ses frais de sauvetage. — V. Pistoye et Duverdy, t. II, p. 119; Wheaton, part. IV, et II, § 12; Calvo, t. II, § 1341.

(2) Voy. *sup.*, n. 410 et suiv.

Tels sont les consuls, et en certains cas les agents diplomatiques.

Les consuls sont des agents ou délégués que le souverain d'une nation entretient en pays étranger, et principalement dans les ports et les places de commerce, pour veiller à la conservation des droits et priviléges de ses sujets, et pour remplir à leur égard certaines fonctions administratives et judiciaires : *Consules*, dit Marquardus, *ut consulere se debere mercatoribus et mercaturâ ipso nomine admoneantur* (1). La protection des intérêts nationaux est aussi confiée aux agents diplomatiques, ambassadeurs, ministres, chargés d'affaires, etc., mais d'une manière moins spéciale qu'aux consuls, qui, de leur côté, protecteurs naturels et juges de leurs nationaux, ne représentent pas ordinairement le souverain qui les délègue, et ne remplissent qu'accidentellement des fonctions diplomatiques.

438. Dans l'origine, les consuls n'avaient d'autre fonction que celle de juger les différends qui s'élevaient entre les marchands étrangers; et comme toute juridiction vient du souverain du lieu dans lequel elle s'exerce, le souverain local établissait lui-même, pour juger les étrangers, des magistrats qui furent d'abord connus sous le nom de *telonarii*, *baiuli*, *prepositi*, *seneschalli*, *priores mercatorum*, *seniores*, suivant Marquardus (2) et Heineccius (3), qui ont peut-être confondu l'office des consuls, juges spéciaux des marchands étrangers, avec les juges fort anciennement établis pour juger les affaires commerciales sans distinction de nationalité, auxquels plus tard on donna aussi le nom de *juges-consuls*, et qui sont aujourd'hui remplacés par nos tribunaux de commerce.

Toujours est-il que l'établissement par les souverains locaux de juges investis du droit de connaître des contestations qui s'élevaient entre les marchands étrangers, dont on pourrait trouver des traces dans l'antiquité même (4), remonte

(1) *De jure mercatorum*, lib. III, cap. IV, § 18.
(2) *Ibid.*
(3) *De jure principis circa commerc. libert.*
(4) Voy. Miltitz, *Manuel des consuls*, t. I, liv. I, ch. I.

dans les temps qui suivirent la chute de l'empire romain, à une époque fort reculée. Une loi des Visigoths (1) est précise à cet égard : « *Dùm transmarini negotiatores inter se causam habuerunt, nullus de sedibus nostris eos audire præsumat nisi tantummodo suis legibus audiantur apud* telonarios suos. »

Plus tard, comme les commerçants étrangers n'avaient pas autant de confiance dans les juges établis par le souverain local que dans ceux de leur nation, ils obtinrent le privilége de nommer eux-mêmes leurs juges dans les principales villes de l'Orient, qui après les Croisades et les conquêtes religieuses et politiques, était destiné à devenir le théâtre des conquêtes commerciales (2). Ces priviléges furent particuliers d'abord aux pays conquis par les croisés ; on en trouve des exemples remarquables dans la *juridiction de la fonde*, sur laquelle les *Assises de Jérusalem* contiennent de précieux détails (3); et dans une charte de Roger, roi de Sicile, agissant comme seigneur de Bayrut, en 1129 : « *Volumus*, dit-il, *etiam quod ubicumque mercatores navigiorum dominio civitatis prædictæ fuerint adunati, è tribus unum possint consulem eligere* (4). » Mais ces priviléges s'étendirent bientôt dans les États barbaresques et musulmans qui trouvaient des avantages à faire le commerce de l'Occident, et avec lesquels l'Occident ne voulait pas commercer sans garantie. On peut voir, dans le *Manuel des consuls* de M. de Miltitz, de nombreux documents sur l'établissement des consuls français, ou, pour mieux dire, des consuls de certaines villes de la France méridionale dans les pays soumis à la domination musulmane, et ensuite dans les autres États de l'Europe. Les traités ou priviléges en vertu desquels ces villes faisaient le commerce, établissaient des comptoirs et instituaient des consuls dans les pays barbaresques, en Égypte, en Syrie, sur les côtes de l'Asie Mineure, à Constantinople, étaient d'abord le résultat de négociations entamées et suivies en leur propre nom sans l'intervention ou

(1) Lib. XI, tit. III, § 2.

(2) Miltitz, *ibid.*, t. II, liv. II, ch. I.

(3) *Assises de Jérusalem*, édition de M. Victor Foucher, t. I, p. 561 et suiv. Voy. surtout les *notes* de la page 568.

(4) Lünig, *Codex ital. diplomaticus*, t. II; Miltitz, t. II, p. 394.

l'autorisation des rois. Mais ceux-ci, dès qu'ils cessèrent de rester indifférents aux progrès du commerce, intervinrent dans la nomination des consuls, et bientôt restèrent seuls investis du droit de les instituer. Nommés par les commerçants d'une ville ou d'un État, les consuls n'étaient que des arbitres dont le caractère public ne résultait que du consentement du souverain étranger dans le territoire duquel ils exerçaient leur juridiction. Nommés par les souverains mêmes de ceux à qui ils devaient rendre la justice, ils devinrent de véritables juges. C'est de cette époque que datent les traités ou *capitulations* qui assurent les priviléges des Français dans le Levant, et l'établissement des consuls institués par les souverains mêmes pour maintenir ces priviléges (1).

A mesure que les entreprises commerciales et maritimes s'étendaient et se multipliaient, surtout dans la Méditerranée et dans la Baltique, les souverains des pays intéressés dans ces expéditions sentirent le besoin, dans les grandes places de commerce, et principalement dans les ports de mer, de constituer leurs *nationaux* en corps de nation, et de les soumettre à l'autorité de leurs consuls, qui les jugeraient suivant leurs lois particulières, qui veilleraient à la conservation des priviléges obtenus, qui maintiendraient l'emploi des poids, mesures et monnaies de leur pays, et qui jouiraient des droits et des pouvoirs nécessaires pour assurer leur indépendance et leur autorité. Tel fut le système général de tous les États qui, à partir du moyen âge, participèrent au commerce de la Méditerranée et de la Baltique. Ces mesures protectrices, commandées par le peu de progrès que la civilisation avait encore faits à cette époque, étaient nécessaires à la sûreté des commerçants exposés à de fréquentes vexations; sans elles les relations commerciales auraient été impraticables; elles seules pouvaient animer et étendre le commerce et la navigation dans les pays étrangers, à une époque où les traités, peu respectés, souvent violés, n'offraient que de faibles garanties. L'établissement des consuls se fit alors

(1) Voy. Miltitz, t. II, p. 400; de Clercq et de Vallat, *Guide pratique des consulats*, t. I, p. 1 et suiv.; Cauchy, t. I, p. 310 et suiv.; Bluntschli, § 244.

avec d'autant plus de facilité qu'il n'y avait pas encore d'agents diplomatiques à résidence fixe, ce qui rendait les consuls doublement utiles. Quand, plus tard, les relations commerciales se compliquèrent, l'intervention des consuls acquit un nouveau degré d'utilité. Et bien qu'ils n'aient pas conservé partout leurs attributions diplomatiques, leur importance n'a cessé de s'accroître, et aujourd'hui ils tiennent une large place dans les rapports internationaux, et sont un des principaux anneaux de la grande chaîne qui réunit les peuples (1).

439. Entrons maintenant dans quelques détails sur la manière dont les consuls sont établis, leur caractère, leurs priviléges, leur organisation, et leurs fonctions divers.

SECTION I. — ÉTABLISSEMENT DES CONSULS; LEURS CARACTÈRE, PRIVILÉGES ET IMMUNITÉS. — ÉMOLUMENTS.

SOMMAIRE. — 440. Qui peut nommer les consuls. — 441. De l'*exequatur*. — 442. Les consuls n'ont pas besoin d'être acceptés par les nationaux. — 443. La nomination des consuls appartient au souverain de fait comme au souverain de droit. — 444. De l'exterritorialité. — 445. Distinction entre les immunités politiques auxquelles peuvent prétendre les consuls, et leurs droits comme particuliers. — 446. Compétence des tribunaux locaux contre les consuls. — 447. Voies d'exécution qui peuvent être employées contre les consuls. — 448. Les consuls ne peuvent jamais être poursuivis à raison de leurs fonctions. — 449. Compétence des tribunaux français sur les consuls étrangers, lorsque ces consuls sont sujets français. — 450. Actions d'un Français contre le consul de sa nation. — 451. Du cas où le consul est en même temps un agent diplomatique. — 452. Droit d'asile. — 453. Les consuls peuvent-ils faire le commerce? — 454. Peuvent-ils faire des emprunts? — 455. Les consuls ne peuvent se rendre adjudicataires des choses qu'ils sont chargés de vendre. — 456. Ils ne peuvent recevoir ni traitement ni commission des puissances étrangères. — 457. Ils ne peuvent se marier sans l'agrément du Gouvernement. — 458. Émoluments des consuls.

440. Dans l'état actuel des choses, les consuls n'étant pas seulement des mandataires choisis par les commerçants d'un pays pour les représenter dans un autre, ni de simples arbitres, mais des agents revêtus d'un caractère public, des représentants de l'autorité qui les délègue, on doit en conclure d'abord qu'un consul ne peut être établi en pays étranger

(1) Voy. Miltitz, p. 204 et suiv.

sans l'autorisation expresse du souverain de ce pays. Suivant un auteur moderne (1), on ne peut, sans hostilité, refuser à une nation le droit d'établir des consuls, pas plus qu'on ne peut lui refuser celui de commercer. Je crois que c'est une erreur. L'admission des consuls n'est pas une conséquence nécessaire de tout établissement ou de tout rapport commercial. Les consuls facilitent le commerce en le protégeant; mais une nation, tout en ne s'opposant pas à ce qu'une autre nation vienne commercer chez elle, peut fort bien ne pas vouloir admettre un établissement consulaire qui développerait ce commerce. Accorder aux autres ce qu'on leur doit strictement, n'est pas s'engager à leur accorder davantage. C'est donc avec raison que Vattel décide qu'un traité de commerce entre deux puissances n'emporterait même pas le droit d'établir des consuls de l'une chez l'autre, et que ce droit ne peut résulter que de traités ou capitulations particulières, ou du consentement tacite résultant d'un long usage (2).

441. Il y a plus : lors même que le droit d'établir un consul est reconnu, le consul nommé ne peut exercer ni autorité, ni juridiction avant d'avoir été agréé et admis par la puissance chez laquelle il doit résider. Toute justice émane du souverain local; aucune juridiction ne peut être exercée autrement qu'en son nom. Sans doute le consul tient son autorité du souverain qui l'envoie : « *Consules si in alieno territorio jurisdictionem exerceant,* dit Casaregis (3), *illam dicuntur habere à principe à quo missi sunt, non vero à principe territorii in quo resident.* » Mais ils ne peuvent faire aucun usage de cette autorité, ni avoir aucun caractère public, tant qu'ils n'ont pas été reconnus par le souverain chez lequel ils doivent exercer cette autorité et jouir de ce caractère : « *Consules exterorum principum,* dit encore Casaregis, *non possunt in alienis oris maritimis jurisdictionem exercere, nisi accedat consensus principis illius loci in quo resident* (4). » Un consul étranger ne peut donc

(1) M. Beaussant, *Code maritime*, t. II, p. 529.

(2) Liv. II, ch. II, § 34; M. Pardessus, n. 1441 ; Casaregis, disc. 175, n. 43 ; ord. de 1681, tit. *Des consuls*.

(3) Discurs. 175, n. 36.

(4) *Ibid.*, n. 33.

entrer dans l'exercice de ses fonctions qu'après avoir été accepté par le gouvernement de l'État où il est envoyé; il n'a qualité que du jour où il a obtenu cette acceptation (1).

A cet effet, la nomination du consul est notifiée diplomatiquement au souverain chez lequel ce fonctionnaire doit résider, et par lequel il doit être accepté. Cette acceptation, qui confère au consul le droit d'exercer sa juridiction et son autorité, reçoit le nom d'*exequatur*. Cet *exequatur*, qui peut être refusé si le souverain auquel il est demandé croit en avoir des motifs suffisants et qui peut être également retiré, si plus tard ces motifs surviennent (2), est délivré en France par le ministre des affaires étrangères, et lu au tribunal de commerce par le greffier, qui dresse procès-verbal de cette lecture.

Anciennement l'*exequatur* n'était pas exigé dans le Levant et en Barbarie; il suffisait de notifier la nomination du consul à l'autorité du lieu dans lequel il devait résider (3). Mais aujourd'hui, le ministre des affaires étrangères prévient l'ambassadeur français à Constantinople de la nomination du consul; et cet ambassadeur obtient du gouvernement turc, pour le consul nouvellement nommé, un *exequatur* qu'on nomme *barat* (4).

442. Il n'est pas besoin de faire remarquer que la nomination du consul appartenant au souverain seul qui l'institue, sauf l'acceptation du souverain chez lequel il doit résider, les nationaux sur lesquels il a juridiction en pays étranger, n'ont aucun contrôle à exercer sur sa nomination, et deviennent ses justiciables, sans qu'il soit nécessaire qu'ils l'aient accepté. « *Non requiritur consensus partium*, dit

(1) Paris, 25 août 1842 (S., 42, 2, 372).

(2) On trouve un exemple du retrait d'un *exequatur* dans celui qui atteignit, en 1833, le consul autrichien résidant à Bayonne. En 1869 le gouvernement anglais a refusé l'*exequatur* à un Irlandais naturalisé américain, et que le gouvernement des États-Unis avait nommé consul à Glasgow. V. Calvo, t. I, § 477. — Voy. aussi de Clercq et de Vallat, t I, p. 134 et suiv.

(3) Valin, sur l'art. 3 du tit. IX du liv. I de l'ord. de 1681.

(4) Ord. de 1781, tit. I, art. 4; Warden, *De l'origine des établissements consulaires*, p. 171; M. Pardessus, n. 1445; M. Beaussant, t. II, p. 537.

Casaregis (1), *cum possint subditos etiam invitos judicare.* »

433. Il n'est pas besoin non plus de faire remarquer que le droit de nommer les consuls, aussi bien que celui de leur délivrer l'*exequatur*, appartient aux souverains de fait comme aux souverains de droit. Celui qui est en possession de la souveraineté dans un pays peut envoyer des consuls dans un autre, de même que seul il peut donner l'*exequatur* aux consuls qui sont envoyés dans le pays qu'il gouverne. L'indépendance des États ne permet pas aux uns de mettre en question la légitimité des pouvoirs qui sont établis et reconnus dans un autre (2). On peut appliquer ici ce que Vattel dit du droit d'ambassade. Après avoir posé le principe que, en matière de souveraineté, les puissances étrangères peuvent ne suivre que la possession actuelle, sans avoir égard au droit, si le bien de leurs affaires les y convie, il ajoute : « Il n'y a point de règle plus sûre, plus conforme au droit des gens et à l'indépendance des nations, puisque les étrangers ne sont pas en droit de se mêler des affaires domestiques d'un peuple ; ils ne sont pas obligés d'examiner et d'approfondir sa conduite dans les mêmes affaires, pour en peser la justice ou l'injustice ; ils peuvent, s'ils le jugent à propos, supposer que le droit est joint à la possession. Lorsqu'une nation a chassé son souverain, les puissances qui ne veulent pas se déclarer contre elle et s'attirer ses armes ou son inimitié, la considèrent désormais comme un État libre et indépendant, sans prendre sur elles de juger si c'est avec justice qu'elle s'est soustraite à l'empire du prince qui la gouvernait. Si la nation, après avoir changé son prince, se soumet à un autre, si elle change l'ordre de la succession, et reconnaît un souverain au préjudice de l'héritier légitime et désigné, les puissances étrangères sont encore fondées à tenir pour légitime ce qui s'est fait ; ce n'est pas leur querelle ni leur affaire. Lors donc que des puissances étrangères ont admis les ministres d'un usurpateur, et lui ont envoyé les leurs, le prince légitime, venant à remonter sur le trône, ne peut se plaindre de ces démarches comme d'une in-

(1) Discurs. 175, n. 33.
(2) Voy. *sup.*, n. 162.

jure, ni en faire un juste sujet de guerre, pourvu que ces puissances ne soient pas allées plus avant, et n'aient pas donné secours contre lui (1). »

444. Les agents diplomatiques, ministres publics ou ambassadeurs, jouissent de certaines immunités qui consistent principalement dans l'inviolabilité de leur personne et de leur demeure, et dans ce qu'on est convenu d'appeler l'*exterritorialité.* L'exterritorialité est une fiction au moyen de laquelle celui qui est revêtu d'un caractère diplomatique est considéré, pendant toute la durée de sa mission, comme étant toujours dans l'État dont il est l'envoyé. Cette fiction qui, jointe à l'inviolabilité qui protége les agents diplomatiques, a pour résultat d'empêcher qu'ils ne puissent être traduits, soit en matière civile, soit en matière criminelle, devant les tribunaux du pays où ils résident, est fondée sur ce que ces agents représentent le souverain même et la nation qui les a envoyés, participent aux mêmes immunités, et ne peuvent, pas plus que ce souverain et cette nation, être jugés et condamnés par une juridiction étrangère.

445. Les consuls jouissent, dans le pays où ils résident, de certains priviléges ou immunités analogues à ceux des ministres ou ambassadeurs, quoique moins étendus. Comme les agents diplomatiques, ils sont, sous tous les rapports politiques, placés sous la garantie du droit des gens, en ce qui touche la liberté et la sûreté de leurs personnes, l'inviolabilité de leur chancellerie, l'exemption des taxes locales (2); mais, sous les rapports purement civils, ils ne peuvent prétendre aux mêmes immunités. Comme ils ne sont pas envoyés pour représenter le souverain et la nation qui les délèguent, mais seulement pour protéger le commerce et juger les commerçants, il n'y a pas de motif pour leur accorder le

(1) Liv. IV, ch. v, n. 68. Les exemples récents d'application de ces principes sont nombreux ; on les a même appliqués dans des temps où l'occasion s'en présentait moins souvent qu'aujourd'hui, et où il semblait plus difficile de les admettre. Voy. la dépêche de M. de Villeroy au président Jeannin, en date du 8 avril 1608, rapportée par Vattel, *ibid.*

(2) Vattel, liv. IV, ch. vi, § 75; Borel, *Des consuls*, p. 39 et 40; Warden, ch. v, *passim.;* M. Pardessus, n. 1448.

privilége de l'exterritorialité qui prend sa source, relativement aux ministres publics, précisément dans leur caractère de représentant de la nation et du souverain. « *Consules illi*, dit Bynkershoëck, en parlant de l'exterritorialité qu'il leur refuse, *non sunt nisi mercatorum nationis suæ defensores et quandoque etiam judices, quin ferè ipsi mercatores, non missi, ut principem suum representent apud alium principem, sed ut principis sui subditos tueantur in iis quæ ad mercaturam pertinent, sæpè et ut de iis inter eos jus dicant* (1). »

Cette distinction entre les rapports politiquesl c'est-à-dire entre les relations du consul et du gouvernement près duquel il réside, et les relations du consul soit avec les individus envers lesquels il s'est engagé comme particulier, soit avec l'autorité publique à laquelle il doit compte de ses actions privées, explique la contradiction que Vattel (2) reproche à certains auteurs (3) qui, après avoir posé en principe que les consuls ne jouissent pas du privilége de l'exterritorialité, citent des cas dans lesquels la violation de la personne d'un consul a été considérée comme une infraction au droit des gens. Les consuls, inviolables, politiquement parlant, en ce sens que le gouvernement près duquel ils résident, ne peut jamais les traiter comme ennemis, manquer aux égards dus à leur caractère, les arrêter pour des raisons politiques, restent soumis aux règles du droit commun dans tous les autres cas et quand leur qualité de consuls n'est pas en cause.

446. Il suit de là, d'une part, que si l'outrage fait à un simple consul, ou plutôt à la qualité dont le consul est revêtu, est une violation du droit des gens, d'autre part, à moins de conventions contraires établies par les traités, les consuls ne sont pas affranchis de la juridiction civile ou criminelle du pays où ils sont établis, à raison des obligations civiles qu'ils y ont contractées ou des crimes et délits qu'ils y auraient

(1) *De foro legatorum*, cap. x. — Voy. Martens, *Droit des gens*, § 148.
(2) Liv. II, ch. III, § 34.
(3) Wiquefort, par exemple, *De l'ambassadeur*, liv. I, sect. V. —Voy. aussi Bouchaud, *Théorie des traités de commerce*, p. 144 ; Heineccius, *De jure principis circà commerc. libert.*, § 25.

commis (1). Toutefois, dans ce dernier cas, suivant M. Warden (2), on regarde comme un préalable nécessaire à la poursuite, de demander l'autorisation du gouvernement auquel appartient le consul.

La compétence des tribunaux français sur les consuls étrangers est d'autant moins douteuse qu'elle est spécialement réservée dans l'*exequatur* qui leur est accordé : « Au cas, y est-il dit, que le consul fasse quelque commerce pour lequel il entre dans des engagements, il pourra être poursuivi, ainsi qu'il est d'usage, sans pouvoir y opposer aucun privilége (3). » Et comme il n'y a pas de raison pour accorder aux consuls, en matière civile, un privilége auquel ils n'ont pas droit en matière commerciale, il faut en conclure que la compétence des tribunaux français a lieu, dans l'un et l'autre cas, sans distinction de la matière et de l'objet de la contestation (4).

447. De ce que les consuls étrangers sont justiciables des tribunaux français, il faut en conclure qu'ils sont soumis aux mêmes voies d'exécution que tous les autres étrangers. Ils étaient donc contraignables par corps (5).

448. Des principes précédemment posés, il résulte que les consuls, placés en cette qualité sous la protection du droit des gens, ne peuvent jamais être poursuivis devant les tribunaux du pays où ils exercent leurs fonctions, à raison des actes qui se rattachent à ces fonctions, parce que dans ce cas ils sont présumés suivre les ordres ou les instructions de leur gouvernement, et que les torts dont ils pourraient alors se rendre coupables ne sont réparables que par voie diplomatique : ce n'est pas aux tribunaux qu'il appartient de connaître des faits

(1) Wiquefort, *De l'ambassadeur*, liv. I, sect. V; Bynkershoëck, ch. x; M. Merlin, *Répert.*, v° *Consuls*, § 2, n. 4 ; M. Pardessus, n. 1448 ; M. Fœlix, p. 269 ; Calvo, t. 1, § 597. Aix, 14 août 1829 (S., Coll. nouv. 9, 2, 322.); Montpellier, 23 janv. 1841 (S., 1841, 2, 193); Rennes, 25 juill. 1849 (*id.*, 50, 2, 34); Cass., 23 déc. 1854 (*id.*, 54, 1° 811). Voy. de Clercq et Vallat, t. 1, p. 10.

(2) *De l'origine des établissements consulaires*, p. 106.

(3) M. Fœlix, *Droit internat.*, p. 275.

(4) Cass., 23 déc. 1854 (S., 54, 1, 811).

(5) Voy. Paris, 28 avril 1841 et 25 août 1842 (S., 41, 2, 544; et 42, 2, 372).

qui intéressent les rapports des nations entre elles, et de juger les actes des souverains ou de leurs mandataires. C'est ce qui a été jugé par la Cour de cassation, le 9 vendémiaire an IX, sur les conclusions conformes de M. Bigot-Préameneu (1), dans une espèce où le consul étranger avait agi non-seulement par ordre de son gouvernement, mais encore avec l'autorisation du gouvernement français (2).

Il a même été jugé, et avec raison, que les tribunaux français sont incompétents pour connaître des débats qui s'élèvent entre un consul et un vice-consul d'une nation étrangère, à raison de la répartition à faire entre eux des droits provenant du consulat, lors même que l'un d'eux serait français (3). Il n'en est pas de cette contestation, qui se rattache à l'exercice des fonctions consulaires en pays étranger, au nom d'un gouvernement étranger, comme des contestations relatives aux obligations contractées en pays étranger par un étranger envers un Français, qui, aux termes de l'article 14 du Code civil, peuvent être portées devant les tribunaux français (4).

449. A plus forte raison, la compétence des tribunaux français s'étend-elle sur les consuls des nations étrangères, lorsque ces consuls sont sujets français; car les fonctions consulaires qu'ils remplissent pour un gouvernement étranger ne changent pas leur nationalité, ne leur font pas perdre les droits qui y sont attachés, et par conséquent ne les affranchissent pas des charges et des devoirs corrélatifs à ces droits. La question de savoir si le sujet d'un État, en devenant ministre public ou ambassadeur d'un souverain étranger, cesse d'être sujet de son souverain naturel, a été, il est vrai, fort controversée entre les publicistes (5); mais, quelle que soit l'opinion qu'on croie devoir adopter sur ce dernier point, elle ne saurait avoir au-

(1) M. Merlin, *Répert.*, v° *Consul étranger*, n. 3.

(2) S., Coll. nouv., 1. 370. De Clercq et Vallat, t. I, p. 10.

(3) Bordeaux, 20 mai 1829 (S., Coll. nouv., 9. 2. 267).

(4) Voy. tit. II, ch. I, sect. III.

(5) Voy., pour l'affirmative, Wiquefort, *De l'ambass.*, sect. XI et XXVII; Jacques Godefroy, *De salario*, cap. IV, n. 9; Zouchæus, *De jure feciali*, part. II, sect. II, art. 13; pour la négative, Bynkershoëck, *De foro legat.*, ch. XII; Huber, *De jure civitatis*, liv. III, sect. IV, ch. II, n. 28. Voy. aussi M. Merlin, *Répert.*, v° *Ministre public*, sect. V, § 2, n. 2.

cune influence sur la question relative aux simples consuls qui, ne représentant pas le souverain par lequel ils sont nommés, mais remplissant seulement une fonction publique conférée par ce souverain, ne sont pas nécessairement présumés avoir abdiqué leur nationalité. On peut sans aucun doute appliquer aux consuls ce que Huber et Bynkershoëk (1) disent des ambassadeurs : « Celui qui choisit pour ambassadeur un de nos sujets est censé mettre hors de notre juridiction son emploi, et non pas sa personne. »

Il n'est pas besoin de remarquer que le Français qui accepte des fonctions consulaires conférées par un gouvernement étranger, sans avoir préalablement obtenu l'autorisation du gouvernement, perd la qualité de Français (2). La question ne peut donc naître que relativement au Français qui a reçu cette autorisation.

450. Quant aux actions qu'un Français aurait à former contre le consul de sa nation, il pourrait les former devant le tribunal étranger du lieu où réside ce consul, puisque celui-ci est soumis à la juridiction de ces tribunaux ; mais il ne pourrait faire usage de ce jugement en France qu'après l'avoir soumis à la révision des tribunaux français, ainsi que nous le verrons plus tard (3).

451. Au surplus, tout ce qui vient d'être dit relativement à la juridiction des tribunaux d'un pays sur les consuls étrangers qui y résident, n'est vrai que lorsque les consuls ne sont que consuls. Il en est autrement, lorsqu'à leurs fonctions consulaires ils joignent des fonctions diplomatiques qui les font considérer comme ministres publics, et qu'ils sont accrédités auprès des gouvernements étrangers comme de véritables chargés d'affaires. Ils ont droit alors à toutes les immunités diplomatiques. Et il faut reconnaître que dans l'état des relations commerciales et politiques des nations de l'ancien et du nouveau monde, les consuls réunissent souvent la double qualité d'agents commerciaux et d'agents politiques (4).

(1) *Loc. cit.*
(2) Cod. civ., art. 17. — Voy. liv. IV.
(3) Voy. liv. II, tit. II, ch. I, sect. V.
(4) M. de Caillière, *Manière de traiter avec les souverains*, p. 6; Martens,

452. Bien que les consuls jouissent de certaines immunités diplomatiques, ainsi que nous l'avons déjà expliqué, le droit d'asile n'est pas en général attaché à la maison des consuls comme à celle des ambassadeurs (1), à moins qu'il n'y ait convention contraire. La raison de cette différence est que le droit d'asile est principalement fondé sur l'exterritorialité, qui attribue à la maison de l'ambassadeur une sorte d'inviolabilité particulière égale à celle dont jouit le territoire même de la nation représentée par l'ambassadeur, ce qui n'a pas lieu à l'égard du simple consul, lequel, ne représentant ni la nation, ni le souverain, ne peut prétendre à cette exterritorialité (2). Le droit d'asile ne peut donc être que conventionnel à l'égard des maisons consulaires. Il avait lieu autrefois à Alger en vertu d'un traité du 26 frimaire an X.

453. Dans l'origine, les consuls étaient presque toujours choisis parmi les commerçants établis en pays étranger. Les ambassadeurs eux-mêmes se livraient au commerce, et cet abus a longtemps persisté. « *Quæstus legatorum ex mercaturâ,* dit Bynkershoëck (3), *nunc multò est uberrimus ex non solutis vectigalibus mercium, quos in usum suum sibi necessaria fingunt, at mox divendunt.* » Bynkershoëk écrivait cette phrase à la fin du dix-septième siècle ou au commencement du dix-huitième.... Mais revenons (4).

Quand, avec le temps, les établissements consulaires se perfectionnèrent, on comprit qu'il y aurait de graves inconvénients pour le commerce à ce que les consuls, qui devaient protéger impartialement tous les commerçants nationaux, les

Droit des gens, § 148 ; de Clerck et Vallat, t. I, p. 7. — Dans le Levant et dans la Barbarie, les consuls de France jouissent, aux termes des traités et spécialement des capitulations de 1740 avec la Porte Ottomane, et du traité de 1767 entre la France et le Maroc, de la plénitude des immunités accordées aux agents diplomatiques du premier rang. — Voy. Cass. 4 fév. 1863, S. 64. 1. 201.

(1) M. Pardessus, n. 1448. — Traités de 1788 et de 1806 entre la France et les États-Unis.

(2) *Sup.*, n. 444.

(3) Cap. XIV.

(4) D'après M. Beaussant, *Code marit.*, t. II, p. 472, les consuls ne jouissent pas de la *franchise* d'importation et d'exportation qui est accordée aux personnages diplomatiques.

éclairer, leur servir de guides, être à la fois leurs juges et leurs administrateurs, fussent eux mêmes intéressés dans des opérations commerciales qui pouvaient les mettre en concurrence avec ceux dont les intérêts leur étaient confiés, on comprit aussi que la dignité consulaire pouvait recevoir de fâcheuses atteintes des procès auxquels était exposé un consul, qui, en se livrant au commerce, était naturellement engagé, soit passivement, soit activement, dans des contestations contre les conséquences desquelles aucun privilége ne le protégeait (1). Aussi nos lois françaises ont-elles expressément défendu à nos consuls de se livrer au commerce, directement ou indirectement, à peine de révocation (2).

Cette législation n'est qu'un écho de la loi romaine, qui défendait strictement aux ambassadeurs de faire des affaires. « *Qui legatione fungitur*, dit le jurisconsulte Paul (3), *neque alienis, neque propriis negotiis se interponere debet.* » Elle a été suivie par un grand nombre de nations, telles que l'Autriche, la France, la Hollande, la Russie.

Il en est autrement des consuls anglais. La règle générale est qu'ils peuvent se livrer au commerce, à moins qu'une défense spéciale ne leur en ait été faite.

454. La défense de commercer adressée aux consuls comprend implicitement celle d'emprunter, du moins aux sujets des lieux où ils résident. L'ordonnance du 3 mars 1781 contenait sur ce point une disposition expresse, qui prononçait la peine de la révocation contre les consuls qui empruntaient aucune somme aux Turcs, Maures, Grecs, Juifs et autres sujets du Grand Seigneur ou des princes de Barbarie. Quoique cette prohibition n'ait pas été reproduite par les ordonnances de 1833, il y a lieu de croire qu'elle subsiste toujours, puisque le consul qui se livrerait à des emprunts, s'exposerait à compromettre sa dignité au même degré que celui qui fait le commerce (4).

(1) Ord. 3 mars 1781, tit. I, art. 70; arr. 2 prair. an XI, art. 122; ord. 24 août 1833, art. 34.

(2) De Clerck et de Vallat, t. I, p. 15 et 63.

(3) L. 8, ff. § *Ult. de legat.*

(4) M. Beaussant, *Code marit.*, t. II, p. 536.

455. Par les mêmes considérations qui ont fait prohiber le commerce aux consuls, il leur est défendu de se rendre directement ou indirectement acquéreurs ou adjudicataires de quelque partie que ce soit des débris, agrès, apparaux ou marchandises provenant du sauvetage d'un bâtiment, et de tous autres objets vendus d'après leur ordre ou par leur entremise (1).

456. Il leur est encore défendu d'accepter ni commission, ni traitement de la puissance auprès de laquelle ils sont accrédités (2).

457. Enfin, le désir de maintenir l'indépendance des consuls a été poussé à un tel point par la législation française, que l'art. 26 de l'ordonnance du 26 août 1833, reproduisant la disposition de l'ordonnance antérieure du 3 mars 1781, tit. 1er, art. 22, prononce la peine de la révocation contre le consul qui se marie sans l'autorisation du gouvernement.

458. Autrefois, les consuls percevaient des droits à raison des actes par eux faits dans l'exercice de leurs fonctions, et ces droits leur tenaient lieu d'émoluments. Cet état de choses, peu convenable, a subsisté jusqu'à l'ordonnance du mois de mars 1781, qui a attribué aux consuls et à leurs subordonnés un traitement fixe qui leur est payé par l'État.

SECTION II. — NOMINATION DES CONSULS. — ORGANISATION DES CONSULATS.

SOMMAIRE. — 459. Nomination des consuls. Conditions d'aptitude. — 460. Hiérarchie consulaire. — 461. Agents consulaires, ou vice-consuls. — 462. Les consuls doivent-ils être Français ? — 463. Chanceliers. — 464. Interprètes ou drogmans. — 465. Les consuls doivent résider.

459. En France, les consuls sont nommés par le pouvoir exécutif : roi, empereur ou président, sur la présentation du ministre des affaires étrangères (3). Leurs conditions d'aptitude ou d'idonéité sont aujourd'hui réglées par l'ordonnance du 20 août 1833.

460. Il y a des consuls généraux, et des consuls de pre-

(1) Ord. 29 oct. 1833, art. 73.
(2) Ord. 3 mars 1781, tit. I, art. 18.
(3) Ord. 3 mars 1781, tit. I, art. 2; 15 déc. 1815, art. 5.

mière et de seconde classe, qui sont placés sous la direction immédiate du consul général, sans distinction de la classe (1).

461. Les consuls peuvent nommer des délégués dans les lieux de leur arrondissement où ils le jugent utile au bien du service, lorsqu'ils y sont autorisés par le ministre des affaires étrangères (2). Ces délégués, qui doivent être choisis, autant que possible, parmi les Français notables établis dans le pays, ou parmi les négociants ou habitants les plus considérables du lieu, portent le titre d'*agents consulaires*. Le titre de vice-consul peut leur être conféré, lorsque l'importance du lieu, leur position sociale, ou quelque autre motif pris dans l'intérêt du service, paraît l'exiger (3). Ils agissent sous la responsabilité du consul qui les nomme, et aux directions duquel ils doivent se conformer (4).

462. Il est convenable, surtout lorsqu'il s'agit de postes consulaires du premier ordre, qu'ils soient remplis par des Français. Cependant, aucune loi ne s'oppose à ce qu'un étranger soit consul. Autrefois, tous les consuls étaient étrangers. Cet état de choses, qui, trop généralisé, pouvait produire des abus, a cessé d'exister sans l'intervention d'aucune disposition législative (5). On comprend néanmoins qu'il peut, en certains cas, y avoir un intérêt réel à choisir pour consul un étranger dont l'influence locale pourrait servir activement les intérêts nationaux. Au surplus, il ne peut y avoir de doute à cet égard que relativement aux consuls proprement dits (6). Quant aux agents consulaires et vice-consuls, il résulte clairement des art. 40 et 41 de l'ordonnance du 20 août 1833, qu'ils peuvent être choisis parmi les étrangers habitants du lieu où est établi le poste consulaire (7).

463. Les consuls ont sous leurs ordres des *chanceliers* et des *interprètes* ou *drogmans*.

(1) Ord. 20 août 1833, art. 1, 2 et 3.

(2) *Ibid.*, art. 39.

(3) *Ibid.*, art. 40 et 41.

(4) *Ibid.*, art. 43; ord. 26 oct. 1833, art. 1.

(5) Voy. le projet de règlement rapporté par Valin, sur l'ordonn. de 1681, tit. *Des consuls*.

(6) Voy. Beaussant, t. II, p. 532.

(7) Voy. *sup.*, n. 443.

Les chanceliers, nommés par le chef du gouvernement, sont les secrétaires du consul en matière politique et administrative; greffiers, en matières judiciaires; notaires, pour la rédaction des actes et conventions que les nationaux veulent passer en forme authentique; gardiens des valeurs déposées aux consulats, des contrats à la grosse, polices d'assurances, connaissements et autres actes dont le dépôt est fait entre leurs mains. Les règles relatives aux qualités requises pour pouvoir être pourvu des fonctions de chancelier, la forme de leur nomination, sont réglées par l'article 9 du titre 1er de l'ordonnance de 1681, l'édit du mois de mai 1720, et les articles 16 et suivants de l'ordonnance du 20 août 1833. Il n'y a point de chanceliers auprès des vice-consuls (1).

464. Les secrétaires-interprètes, qui sont en général attachés à chaque consulat, et qui, dans le Levant, prennent le nom de drogmans, sont chargés de faire les traductions de pièces ou actes rédigés en langue étrangère, et d'en certifier la sincérité (2). Ils sont nommés par le chef du gouvernement, sur la présentation du ministre des affaires étrangères (3). Leurs conditions d'aptitude sont réglées par les articles 23 et suivants et l'ordonnance du 20 août 1833.

465. Les consuls sont obligés de résider constamment dans le lieu de l'établissement de leur consulat : tout consul qui quitte son poste sans autorisation ou sans motif légitime est considéré comme démissionnaire (4).

SECTION III. — Fonctions administratives des consuls.

Sommaire. — 466. Protection due par les consuls. — 467. Devoirs des nationaux qui veulent s'assurer cette protection. — 468. Pouvoir répressif des consuls. — 469. Ils ne peuvent intervenir pour les nationaux devant les tribunaux du pays. — 470. Fonctions des consuls relativement à la marine marchande. — 471. Relativement à la marine militaire. — 472. Leurs fonctions comme officiers de l'état civil. — 473. Fonctions des vice-consuls.

466. Les consuls, dans le lieu où ils résident, sont les tu-

(1) Ord. 26 oct. 1833, art. 1.

(2) Ord. 3 mars 1781, tit. I, art. 76 et suiv.

(3) Ord. 20 août 1833, art. 39.

(4) Ord. 20 août 1833, art. 35. — V. le décret du 31 juill. 1855. — Voy. sur l'organisation des consulats les conditions d'aptitude et la nomination des consuls, de Clerck et Vallat, t. I, p. 16 et suiv.

teurs de leurs compatriotes, et en quelque sorte les chefs de leur nation. Ils en président les assemblées, font exécuter les décisions qui y ont été prises, dirigent les affaires pour l'avantage du commerce et le bien des nationaux ; et enfin, exercent sur eux une police de surveillance, ou même de répression, dont les limites sont déterminées par les traités faits avec le souverain dans le territoire duquel ils résident, ou par les lois et règlements de leur propre pays (1).

467. Les Français résidant en pays étranger doivent, pour s'assurer la protection du consul dans l'arrondissement duquel ils sont établis, pour justifier de leur esprit de retour (2), et jouir des droits et priviléges attachés à la qualité de Français, se faire inscrire sur un registre matricule tenu à cet effet dans la chancellerie de chaque consulat (3). La réunion des Français immatriculés forme ce qu'on appelle la *nation*. Autrefois, la nation s'assemblait une fois par an, et nommait des députés qui la représentaient dans les affaires communes. Ces députés avaient en outre le maniement des deniers nationaux. Le plus ancien d'entre eux remplaçait le consul cas de vacance. Mais aujourd'hui l'usage de nommer des députés est presque partout tombé en désuétude, et l'autorité du consul ne reçoit d'autre limite de la part de l'assemblée de la nation, que celle qui résulte de l'expression de ses vœux ou de ses avis, sans qu'il y ait d'ailleurs obligation pour le consul de les suivre ou de s'y conformer (4).

468. La police de la nation appartient essentiellement aux consuls. Leurs pouvoirs à cet égard sont réglés par les ordonnances de 1681, de 1778 et de 1781, qui chargent les consuls de maintenir une bonne et exacte police entre les Français, de quelque qualité ou condition qu'ils puissent être, soit à terre, soit dans les ports et dans les différents mouillages et

(1) Ord. 3 mars 1781 ; circul. du ministre de la marine du 21 déc. 1814 ; Warden, p. 196 ; de Clerck et de Vallat, t. I, p. 323 et suiv. Voyez aussi la section suivante.

(2) Code civ., art. 17.

(3) Ord. 28 oct. 1833.

(4) M. Beaussant, *Code marit.*, t. II, p. 558 ; de Clerck et de Vallat, t. I, p. 318 et suiv.

rades où les navires font leur chargement et leur déchargement. Ils ont même le droit de faire embarquer tout Français qui pourrait être nuisible au bien général de ses compatriotes (1), *les Français de vie et conduite scandaleuse*, dit l'ordonnance de 1681. L'article 83 de l'ordonnance de 1778 disposait de plus que le consul donnerait un ordre écrit au capitaine de remettre le sujet dangereux à l'officier de marine du port de son arrivée, lequel le ferait détenir jusqu'à décision du ministre ; il prononçait en outre, contre le capitaine qui n'aurait pas accompli cette obligation, une amende de 500 livres. Mais lors de la discussion, dans les Chambres législatives, de la loi du 28 mai 1836, sur la compétence des consuls dans le Levant, dont nous aurons bientôt l'occasion de citer quelques dispositions, il fut reconnu que dans l'état actuel de notre législation et des garanties qu'elle assure à la liberté individuelle, la disposition précitée de l'article 83 de l'ordonnance de 1778 n'avait plus aucune autorité (2).

469. Il faut remarquer, quant à la protection que les consuls doivent à leurs nationaux, qu'elle ne s'étend pas jusqu'à leur donner le pouvoir de défendre, comme parties, les intérêts d'un individu absent et assigné devant un tribunal du pays. Il ne peut que fournir des notes propres à éclairer les juges, si la demande est formée au nom d'un particulier ; et, si la demande est formée au nom du gouvernement, agir diplomatiquement. C'est ce qui a été jugé en matière de prises maritimes, par une décision que j'ai déjà eu l'occasion de citer dans le chapitre précédent (3).

470. C'est surtout en ce qui concerne la marine marchande que les fonctions administratives des consuls ont une grande importance, parce que, outre ce qui regarde la protection, elles comprennent tout ce qui, en France, est attribué à divers fonctionnaires dont seuls, en pays étrangers, ils remplissent l'office. Ils veillent à tout ce qui regarde le régime des classes

(1) Ord. de 1778, art. 82.

(2) Voy. M. Duvergier, *Collect. des lois*, sur l'art. 82 de la loi du 28 mai 1836.

(3) Voy. *sup.*, n, 411.

et des marins, aux naufrages ; ils reçoivent les rapports des capitaines ; font arrêter les déserteurs; rapatrient les marins congédiés. Leurs attributions à cet égard sont précisées dans le plus grand détail par l'ordonnance du 20 octobre 1833.

471. Ils remplissent aussi les fonctions d'officiers d'administration par rapport à la marine militaire, ainsi que cela est déterminé par une autre ordonnance du 7 novembre 1833 (1).

472. Enfin, ils sont en certains cas officiers de l'état civil, et comme tels appelés, concurremment avec les autorités du pays où ils résident, à constater la naissance, le mariage et le décès des Français qui s'y trouvent (2). Au cas de décès d'un Français qui ne laisse pas d'héritiers présents sur les lieux, le consul est tenu de faire, dans l'intérêt des héritiers Français, tous actes conservatoires, tels qu'apposition de scellés, inventaires, etc. (3).

473. Les vice-consuls ou agents consulaires ont des fonctions beaucoup moins étendues que celles des consuls. Elles se bornent souvent à rendre aux Français tous les bons offices qui dépendent d'eux; à se conformer aux instructions que leur donne le consul dont ils sont délégués; à l'informer de tout ce qui peut intéresser le service de l'État ou le bien des nationaux. Ils n'ont d'autorité sur la marine marchande que dans les limites des pouvoirs spéciaux qui leur sont conférés par le ministre de la marine (4).

SECTION IV. — FONCTIONS JUDICIAIRES DES CONSULS.

SOMMAIRE. — 474. Juridiction des consuls sur leurs nationaux. Son étendue dans le Levant. — 475. Force exécutoire de leurs jugements. — 476. Contrainte par corps. — 477. Autorité des traités qui accordent juridiction aux consuls. — 478. Des consuls en Chine et pays voisins. — 479. Obligation des nationaux de se soumettre à la juridiction des consuls. — 480. Les nationaux peuvent, au lieu de s'adresser au consul, constituer un

(1) De Clercq et de Vallat, t. I, p. 64 et suiv.

(2) Code civ., art. 47, 48, 170; ord. 29 oct. 1833.

(3) Ord. 3 mars 1781, tit. II, art. 81 ; ord. 29 oct. 1833, art. 38 et suiv. — Voyez au surplus le détail des différentes fonctions administratives des consuls dans le *Dict. du content. comm.*, v° *Consuls*, § 4.

(4) Ord. 26 oct. 1833, art. 1 et suiv. Cons. d'État, 1er juin 1854, S. 54. 2. 718.

arbitrage. — 481. Compétence des consuls relativement aux contrats maritimes. — 482. Leur compétence en matière criminelle. — 483. Formes de procéder devant les consuls. — 484. Appel des jugements des consuls.

474. Nous avons vu plus haut que les consuls ont sur leurs nationaux, dans les pays où ils sont établis, juridiction en matière civile, et, en certains cas, en matière criminelle. Mais cette juridiction ne peut être exercée, ainsi que nous l'avons encore vu, qu'avec l'autorisation du souverain local, résultant soit de l'usage, soit des traités diplomatiques (1).

En général, les traités et l'usage n'accordent aux consuls sur leurs nationaux, dans les pays de chrétienté, qu'une juridiction volontaire ou un simple arbitrage; ou, s'ils jouissent d'une juridiction contentieuse, elle est bornée aux affaires de commerce (2). Mais, dans les Échelles du Levant, leurs pouvoirs sont beaucoup plus étendus; ils y sont pourvus d'une juridiction même contentieuse dans toutes les affaires civiles des sujets de leur nation entre eux. souvent aussi dans les procès que leur intentent des étrangers ; et même, en cas de crime, on leur accorde une juridiction répressive (3).

475. Le plus ordinairement même, sauf encore dans le Levant, le pouvoir des consuls est borné au droit de juger; mais leur autorité à cet égard n'a pas d'exercice extérieur emportant le droit de contraindre à l'exécution de leurs jugements ; en d'autres termes, leurs jugements sont sans force exécutoire dans le pays où ils ont été rendus.

Le droit de contrainte, de même que la juridiction, dépendent de la volonté du souverain local, qui leur accorde l'une et l'autre (4). Mais la concession du droit de juger ne peut

(1) Voy. *sup.*, n. 440 et suiv., et les autorités qui y sont indiquées.

(2) Steck, *Essais sur les consuls* p. 58 ; Martens, *Droit des gens*, § 48 ; de Clercq et de Vallat, t. II, p. 331 et suiv. ; Calvo, t. I, § 490, traités des 14 nov. 1788 et 8 vendém. an IX, entre la France et les États-Unis ; du 29 juillet 1867, entre la France et les États-Pontificaux ; Aix, 17 mai 1831, S., 31. 2. 209 ; D., 32. 2. 184.

(3) Voy. les traités de la France et de l'Angleterre avec la Porte, de 1612 et 1675 ; Martens. *ubi sup.* ; M. Pardessus, n. 1451 ; de Clercq et de Vallat, t. III, p. 372 et suiv. ; Aix, 20 mars 1862, § 6 2. 2. 387 et 3 juin 1867, D. 69. 2. § 4.

(4) Voy. *sup.*, n. 440 et suiv.

emporter par elle-même et sans stipulation particulière, le droit de contraindre. Quand le consul n'a pas le droit de contraindre à l'exécution de son jugement, son jugement n'a d'autorité qu'en France.

476. Dans le Levant, les consuls chargés de statuer sur les contestations qui intéressent les Français, avaient même, aux termes de l'art. 36 de l'édit de 1778, le droit de prononcer la contrainte par corps. Cet article n'a pas été abrogé par la loi du 18 mai-1er juin 1836, dont l'art. 82 a compris par erreur l'art. 36 précité au nombre des dispositions qu'il abroge (1).

477. De ce que les consuls, dans le Levant, ont exceptionnellement une autorité plus étendue que partout ailleurs, qui résulte de stipulations particulières fondées sur la différence de mœurs, de lois et de religions, il en résulte que, lorsque les traités contiennent la clause que les consuls des États contractants jouiront des droits et priviléges qu'ils ont chez les nations où ils sont le plus favorisés, cette stipulation ne s'entend que des droits accordés dans la Chrétienté, et jamais de ceux qui ne sont accordés que chez les Mahométans.

478. Des traités conclus le 24 septembre 1844 avec la Chine, le 17 novembre suivant avec l'imanat de Mascate, et le 15 août 1856 avec le royaume de Siam, donnent aux consuls français établis dans les ports de ces puissances une juridiction complète et exclusive sur leurs nationaux. L'exercice de cette juridiction a été réglé par les lois des 8 juillet 1852 et 18 mai 1858 (2).

479. Lorsque les consuls ont, d'après les traités (3) ou l'u-

(1) Cass. 10 juin 1857, S. 59. 1. 75. Voy. l'*Erratum* inséré au Bulletin 445 de l'année 1836. — V. aussi de Clercq et de Vallat, t. II, p. 367; et Cass 13 déc. 1858, S., 59. 1. 83.

(2) Voy. de Clercq et de Vallat, t. II, p. 409.

(3) Voy. le traité du 14 nov. 1788 entre la France et les États-Unis; et l'arrêt du 7 fruct. an IV, Devill. 1, 1, 54. — Suivant M. Merlin, *Répert.*, v° *Consuls*, § 2, un traité conclu en 1657 entre la France et l'Angleterre, imposerait aux sujets des deux nations l'obligation de s'adresser à leurs consuls réciproques. Mais des recherches faites aux archives des affaires étrangères à l'occasion d'une affaire rapportée dans le recueil de M. Sirey 41. 2. 193, ont fourni la preuve qu'aucune disposition semblable ne se

sage qui en tient lieu, juridiction sur leurs nationaux, ceux-ci sont régulièrement obligés envers leur gouvernement à se pourvoir devant eux dans les contestations qui les divisent. Cette obligation a été reconnue et sanctionnée par l'édit de juin 1778, qui, après avoir, par son article 1er, constaté le droit des consuls français de juger toutes contestations de quelque nature qu'elles soient, entre Français, commerçants, navigateurs et autres, dans l'étendue de leurs consulats (bien entendu suivant les traités ou l'usage), prononce, par l'article 2, une amende de 1,500 fr. contre tous Français qui, en pays étranger et dans l'étendue d'un consulat, portent leurs causes devant l'autorité étrangère.

Néanmoins, lorsque ces contestations sont telles, à raison de leur nature (1), que, s'il n'y avait pas de consul étranger, elles dussent être portées devant l'autorité locale, l'établissement d'un consul n'empêche pas cette autorité d'être compétente, parce que le souverain, en permettant l'établissement dans ses États d'un juge étranger, n'a pas entendu porter atteinte à la compétence naturelle des juges nationaux, mais seulement ouvrir aux étrangers la faculté de se pourvoir devant un juge de leur nation; autrement il renoncerait à sa propre souveraineté, qu'il peut bien consentir à partager, mais qu'il ne peut abandonner tout entière. « *Cònsules regulariter habent jurisdictionem cumulativam cum aliis judicibus ordinariis locorum,* » dit très-bien Casaregis (2).

Aussi l'édit de 1778 se borne-t-il à reconnaître le droit des consuls à prononcer une amende contre les Français qui cherchent à se soustraire à leur juridiction; mais il ne prononce pas la nullité du jugement rendu par le juge étranger

trouve dans les traités entre la France et l'Angleterre. L'article indiqué par M. Merlin, comme faisant partie du traité de 1657, entre la France et l'Angleterre, appartient à un traité du 25 mai 1667, entre l'Angleterre et l'Espagne.

(1) Voy. *inf.*, n. 647 et suiv.

(2) *Discurs.* 175., n. 46. Casaregis cite à l'appui de son opinion celle de Straccha, *Quomodo in causis mercatorum procedendum sit,* n. 7, p. 481. Straccha émet, il est vrai, une opinion analogue, mais à l'égard des consuls des marchands, opinion qui ne saurait être admise dans l'état actuel de notre législation.

qui a en France la valeur accordée à tous les jugements étrangers, c'est-à-dire qui peut y être exécuté après avoir été rendu exécutoire par les tribunaux français (1). C'est dans ce sens qu'il a été jugé par la Cour de cassation, le 18 août 1836 (2), que les tribunaux français eux-mêmes peuvent, en ordonnant une enquête qui doit avoir lieu en pays étrangers, déléguer, pour y procéder, les juges de ce pays, et qu'ils ne sont pas obligés de renvoyer à cet effet devant le consul français.

Dans tous les cas, la défense adressée aux Français par l'édit de 1778 n'a d'effet que dans le cas où les jugements des consuls sont exécutoires en pays étranger, à moins toutefois qu'ils ne dussent être exécutés en France. Car on comprend très-bien qu'on ne saurait justement contraindre un Français à s'adresser au consul, duquel il obtiendrait une décision qui ne pourrait être exécutée qu'après avoir été revêtue du *pareatis* des juges locaux; aussi a-t-il été jugé, le 12 décembre 1809, par la Cour de cassation, que cet édit, en défendant à tous Français de traduire un Français devant les juges étrangers, et de se soustraire ainsi à la juridiction du consul, ne leur défend pas de réclamer des juges étrangers l'emploi de la force publique pour l'exécution d'un titre paré (3).

480. Rien ne s'oppose non plus à ce que le Français qui, dans son propre pays, pourrait renoncer à la juridiction des tribunaux ordinaires pour soumettre le différend à des arbitres, puisse également, en pays étranger, renoncer à la juridiction consulaire pour constituer un tribunal arbitral, sauf à celui en faveur de qui aurait été rendue la sentence arbitrale, à la faire homologuer dans le lieu où il voudrait en obtenir l'exécution, par les autorités locales, et en France, par les tribunaux français.

481. Il est cependant certains cas dans lesquels la compétence des consuls est exclusive de la compétence de l'au-

(1) Voy. *inf.*, tit. II, ch. I, sect. V.

(2) S., 36. 1. 795. — Voy. *inf.*, tit. II, ch. I, sect. IV.

(3) S, 3. 1. 129; M. Pardessus, n. 1453 et 1454.

torité locale : c'est lorsqu'il s'agit de faits accomplis dans un lieu qui est réputé faire partie du territoire même de la nation à laquelle appartient le consul, et intéressant des individus qui, au moment même de la contestation, sont réputés être dans ce territoire. Ainsi toutes les discussions relatives aux salaires et conditions d'engagement des gens de mer, et tous les différends, de quelque nature qu'ils soient, entre les gens de l'équipage, ou entre eux et leur capitaine, ou entre les capitaines des divers bâtiments nationaux, doivent nécessairement être portés devant les consuls, parce que le bâtiment continue le territoire (1), et qu'un juge français peut seul avoir dès lors juridiction sur ce qui se passe à bord de ces bâtiments. Il n'est pas besoin, en pareil cas, de traité ou de convention qui établissent la juridiction du consul ; elle résulte de la nature même des choses. Aussi les juges des lieux, lorsqu'ils sont saisis de ces sortes de demandes, doivent les renvoyer d'eux-mêmes devant le consul de la nation à laquelle appartient le navire. Ils ne peuvent même juger, lorsqu'il n'y a pas de consul, qu'autant que cela est nécessaire pour la conservation des conventions, le respect du pouvoir du capitaine, et le maintien de l'ordre public, en réservant le fond aux juges naturels des parties.

482. Les consuls sont exclusivement compétents dans les différents cas dont il vient d'être question, surtout en matière criminelle, suivant les distinctions que nous établirons plus tard (2). Ils ne sont jamais compétents pour connaître des autres crimes et délits commis par leurs nationaux que dans les limites tracées par les traités ou par l'usage.

Nulle part cette compétence conventionnelle n'est plus étendue que dans les Échelles du Levant. Dans ces contrées que les mœurs et la législation orientales, si éloignées des mœurs et de la législation européennes, auraient fermées aux Européens, si ceux-ci n'avaient pu y transporter leur législation, la juridiction des consuls embrasse à la fois

(1) Voy. *sup.*, n. 109.

(2) Voy. *inf.*, tit. II, ch. I, sect. I, § 2. — V. aussi Cass., 23 nov. 1857, S., 58. 1. 252.

les contraventions, les délits et les crimes commis par leurs nationaux. Leur compétence à cet égard et la manière dont ils doivent procéder sont réglées par la loi du 28 avril 1836, qui a remplacé l'édit de juin 1778.

483. Les formes de procéder en matière civile sont déterminées par les articles 1 et suivants jusqu'à 38 de cet édit de juin 1778, non abrogé en cette partie. C'est par erreur que l'article 82 de la loi du 28 avril 1836 porte le contraire (1).

Ces lois, en déterminant les formes de la procédure à suivre par les consuls, semblent par cela même résoudre, dans un sens contraire à l'opinion de Casaregis, le point de savoir si les consuls doivent observer les formes de la procédure (*ordinatoria*) du lieu où ils résident, ou celles du pays qui les envoie. « *Consules*, dit le savant jurisconsulte italien, *tenentur cognoscere et judicare causas eorum nationalium, quoad decisoria secundum eorum propria statuta et mores ; et secùs in ordinatoriis in quibus debent servari statuta et consuetudines locorum ubi judicium vel lis agitur* (2). » Néanmoins je pense que Casaregis a raison, en théorie. Sans doute, quand une loi nationale indique au consul la marche qu'il doit suivre en pays étranger, et que les lois de ce pays étranger ne s'opposent pas à ce que cette marche soit suivie, le consul doit évidemment se conformer à sa loi nationale. Mais si aucune loi particulière ne trace au consul la procédure qu'il doit observer et les formes qu'il doit employer, ou si les lois locales répugnent à l'accomplissement de ces formes, il est également évident que le consul doit, quant à ces formes, *quoad ordinatoria*, suivre les lois locales : ce qui suffit pour justifier l'opinion de Casaregis.

484. L'appel des jugements des consuls doit naturellement être porté devant les tribunaux supérieurs du pays qui les envoie, puisque les consuls rendent la justice au nom de leur souverain, et que le souverain local, qui ne fait que les autoriser à rendre la justice dans ses États, ne peut par cette raison avoir aucune juridiction réformatrice ou confirmatrice des sentences émanées de magistrats auxquels leur propre

(1) M. Duvergier, *Collect. des lois*, sur l'art. 82 de la loi du 28 avril 1836.
(2) *Discurs.* 175, n. 44.

souverain a imprimé le caractère de juge et conféré le pouvoir de juger, tandis que le souverain local n'a fait que leur accorder la faculté d'exercer ce pouvoir dans ses États (1). « *Maximè refert scire*, dit Casaregis, *an consules habeant in cognoscendo et judicando causas suorum nationalium jurisdictionem ab eorum proprio principe aut a principe locorum ubi resident..... Quia si habent jurisdictionem ab eorum proprio principe prorogatam in territorio principis locorum ubi resident, tunc appellatio vel recursus datur ab eorum sententiis ad eumdem proprium eorum principem, vel ejus tribunalia; secus si haberent talem jurisdictionem a principe locorum, quia tunc appellatio vel recursus haberi debet ad principes locorum vel eorum tribunalia* (2). »

Aux termes de l'article 57 de la loi du 28 mai 1836, combiné avec l'article 37 de l'édit de 1770, l'appel des sentences rendues aux Échelles du Levant, et dans tout l'Orient, tant en matière civile que criminelle, doit être porté devant la cour d'Aix; et quant à celles rendues dans les autres consulats, devant la cour d'appel, la plus proche des lieux où la sentence a été rendue (3), sauf toutefois l'appel des jugements des tribunaux consulaires en Chine ou dans le royaume de Siam qui, aux termes des lois des 8 juillet 1852 et 5 mai 1855, est porté devant la cour de Pondichéry, et l'appel des tribunaux consulaires de l'imanat de Mascate qui est porté devant la cour de la Réunion.

TITRE II

DU DROIT CIVIL ET DES LOIS DANS LEURS RAPPORTS AVEC LES RELATIONS INTERNATIONALES INDIVIDUELLES ET LA LIBERTÉ DU COMMERCE INTÉRIEUR.

SOMMAIRE. — 485. Sujet de ce titre. — 486. Division.

485. Dans le titre précédent, j'ai exposé les principes et les règles qui dominent les relations internationales publiques,

(1) Voy. *sup.*, n. 441.
(2) Discurs. 175, n. 48.
(3) Bordeaux, 24 nov. 1836, S. 38, 2, 128. — Sur l'appel des décisions

et protégent ou limitent les droits des peuples au commerce qui les rapproche, les enrichit et les civilise : principes et règles fondés sur le droit des gens, c'est-à-dire sur le droit naturel appliqué aux affaires des nations, ou sur les conventions expresses ou tacites par lesquelles elles ont modifié ce droit naturel.

Ici, je me propose d'expliquer les règles particulières qui déterminent les droits des individus, et qui facilitent leurs rapports commerciaux ou y mettent des entraves.

486. De ces règles, les unes se rapportent aux relations internationales privées, c'est-à-dire aux relations qui peuvent s'établir entre individus de nationalité diverse, ou même entre individus dont la nationalité est la même, quand ils se trouvent sur un territoire étranger; les autres se rapportent au régime intérieur de l'État, et ont pour objet la police et la liberté du commerce sans acception des individus ou de leur nationalité.

Les premières, qui ont leur base dans le droit civil particulier à chaque peuple, provoquent néanmoins l'application des principes du droit des gens, qui, dans les difficultés auxquelles donnent naissance les relations internationales individuelles, devient souvent un élément nécessaire de décision. Elles feront le sujet du chapitre premier.

Les autres, qui constituent un droit purement local et intérieur, feront le sujet du chapitre deuxième.

CHAPITRE I

DES RELATIONS INTERNATIONALES INDIVIDUELLES, OU DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.

SOMMAIRE. — 487. En quoi consistent les relations internationales privées. — 488. Division ce ce chapitre.

487. Les relations internationales ne peuvent s'établir entre des individus étrangers les uns aux autres par leur nationalité,

rendues en matière administrative, v. Cons. d'État, 15 mars 1855, S., 55, 2, 517.

et soumis à des lois différentes, qu'autant que les lois de l'État dont ils dépendent et auquel ils appartiennent comme sujets et citoyens, leur laissent la liberté d'user du droit naturel de communication, en autorisant les nationaux à aller chez l'étranger, en ouvrant aux étrangers l'accès du territoire, et en permettant aux uns et aux autres de contracter en quelque endroit qu'ils se trouvent, et d'y faire tous les actes nécessaires à la suite de leurs relations, à la conservation de leurs droits et au soin de leurs intérêts.

488. Les rapports internationaux des individus se trouvent donc soumis à deux sortes de règles : les unes, qui ont pour objet la personne même des étrangers, et leur position dans l'État; les autres, les actes et les contrats de toute nature qui sont la conséquence de ces rapports. Celles-là seront détaillées dans la première section; celles-ci dans les sections suivantes de ce chapitre.

SECTION I. — DE LA POSITION DES ÉTRANGERS DANS L'ÉTAT ; DE LEURS DROITS ET DE LEURS DEVOIRS.

§ I. — *Droits des étrangers.*

SOMMAIRE. — 489. De l'état des étrangers. — 490. Dans les temps anciens. — 491. Au moyen âge. — 492. Droit d'aubaine. — 493. Taxes. — 494. Exemptions particulières aux marchands. — 495. Changements opérés par la révolution française. — 496. Abolition du droit d'aubaine par la loi du 6 août 1789. — 497. Système du Code civ. sur le droit d'aubaine et sur l'admission des étrangers à la jouissance des droits civils. — 498. Abolition définitive du droit d'aubaine par la loi du 14 juillet 1819. — 499. Conditions sous lesquelles l'étranger est admis à jouir des droits civils. — Réciprocité. — Domicile. — 500. Législations étrangères. Hollande. Autriche. Espagne. — 501. Russie. — 502. Angleterre. — 503. Droits compris sous le nom de droits civils. Actes relatifs au commerce. — 504. Un étranger peut être déclaré en faillite en France. — 505. Un étranger peut-il être arbitre ? — 506. Juge de commerce, agent de change, courtier, consul? — 507. Expert, arbitre-rapporteur ? — 508. Peut-il être témoin ? — 509. L'étranger peut-il ester en justice? — 509 *bis. Quid*, des personnes morales, et spécialement des sociétés étrangères ? — 510. Formes des contrats passés entre étrangers : renvoi. — 511. La prescription court pour et contre les étrangers. — 512. Les étrangers peuvent acquérir hypothèque en France. — 513. Hypothèque légale : renvoi. — 514. Privilége. — 515. Bénéfice de cession. — 516. Droits des étrangers relativement à la propriété littéraire. — 517. Représentations théâtrales. — 518. Droits des étrangers quant aux brevets d'invention. — 519. Quant aux dessins de fabrique. — 520. Quant aux marques de fabrique.

489. C'est une vieille maxime qui tous les jours devrait devenir plus vraie, que le commerce est le lien des nations; c'est une maxime plus ancienne encore et qui tous les jours devrait perdre une partie de l'autorité trop absolue dont elle a joui longtemps, qu'il faut se défier de l'étranger. S'il fut un temps où tout étranger était réputé ennemi, et où le mot *hostis* avait à la fois l'une et l'autre signification, il n'en peut être ainsi aux époques où des intérêts communs d'industrie et de commerce lient les citoyens de tous les États du monde. Qu'une patriotique défiance préside aux relations politiques des puissances dont la rivalité a longtemps maintenu l'équilibre européen; qu'une facilité confiante, au contraire, règle les rapports commerciaux des individus dont la patrie est différente, mais qui tous parcourent la même carrière, et dont le but commun est d'accroître la somme du bien-être et des jouissances des hommes, sans distinction de nationalité. La vraie maxime, dit Montesquieu (1), est de n'exclure aucune nation de son commerce sans grande raison.

Aujourd'hui que les barrières qui séparaient les peuples sont presque partout abaissées, et que, loin de repousser les étrangers, on les attire, l'Europe, et la France surtout, sont loin des temps où les étrangers, quelquefois tolérés, souvent repoussés et chargés de taxes, étaient presque toujours placés hors du droit commun.

490. A Athènes, un quartier particulier était assigné à la demeure des étrangers, dans lequel ils étaient comme emprisonnés. Ils étaient en outre assujettis à un tribut annuel de douze dragmes, et ceux qui ne le payaient pas étaient vendus comme des esclaves (2). Il en était à peu près de même à Carthage, malgré l'esprit commercial de cette république.

A Rome, leur position variait suivant qu'ils étaient alliés du *nom latin*, qu'ils jouissaient du droit *italique*, de celui de *pro-*

(1) Liv. XX, ch. VIII.

(2) *Viri scilicet peregrini duodecim dragmas ad ærarium quotannis conferebant;... imo vero si convicti fuissent non exsolvisse hujusmodi vectigal, venundabantur; et locus peregrinis destinatus tanquam carcer erat.* (*Cælius Rhodiginus, Lect. antiq.*, lib. XVII, cap. IX, cité par Bacquet, *Droit d'aubaine*, ch. III, n. 22.)

vinces romaines, de *municipes*, de *colonies*, de *préfectures;* qu'ils avaient le *jus connubii* et *commercii*, classes nombreuses d'étrangers qui furent toutes comprises sous le nom générique de *peregrini*, jusqu'au jour où Antonin Caracalla accorda le droit de cité à tous les sujets de l'empire. Cependant, presque tous ces étrangers avaient le droit de commercer à Rome (1); et la loi *Sempronia* leur avait rendu communes les lois sur le prêt (2). Une des fonctions du préteur *Peregrinus* était même de leur rendre la justice (3). Après la loi de Caracalla, les Barbares seuls restèrent étrangers, ce qui explique le décret rendu plus tard par l'empereur Constance, aux termes duquel les négociants étrangers devaient, dès qu'ils mettaient le pied sur le territoire de l'empire, faire constater la somme d'argent qu'ils apportaient, sans pouvoir rien y ajouter en s'en retournant. Dans le même but de défiance et de précaution contre les envahissements toujours menaçants des Barbares, les empereurs Gratien, Valentinien et Théodose défendirent de donner de l'or aux Barbares, et prescrivirent même de le leur soustraire adroitement si on en trouvait chez eux, en prononçant la peine de mort, et contre les marchands qui le leur porteraient, sous quelque prétexte que ce fût, et contre le juge qui, instruit du crime, ne l'aurait pas puni (4). Les empereurs défendirent de plus de recevoir les Barbares dans les ports et dans les villes de commerce, et réciproquement ils enjoignirent aux marchands, sujets de l'Empire, de ne point tenir de foires dans les lieux étrangers non convenus par les traités, *ne alieni regni quod non convenit scrutarentur arcana* (5); et une

(1) *Mancipatio*, dit Ulpien (*Fragm.*, tit. XIX, § 4), *locum habet inter cives romanos et latinos colonarios latinosque junianos, eosque peregrinos*, QUIBUS COMMERCIUM DATUM EST.

(2) *Ut cum sociis, ac nomine latino, pecuniæ creditæ jus idem quod cum civibus romanis esset.* — Tite-Live, lib. XXXV, cap. VII.

(3) Bouchaud, *Théorie des traités de commerce*, p. 137.

(4) *Non solum barbaris aurum minimè præbeatur, sed etiam si apud eos inventum fuerit, subtili auferatur ingenio; sed si ulterius aurum pro mancipiis, vel quibuscumque speciebus, ad barbaricum fuerit translatum à mercatoribus, non jam damnis, sed suppliciis subjugentur, et si id judex repertum non vindicat tegere, ut conscius criminosa festinat.* (L. 2, *C. de comm. et mercat.*)

(5) L. 4, *ibid.*

loi de l'empereur Marcius défendait de vendre du fer et des armes aux Barbares, *alienigenis barbaris cujuscumque gentis, vel sub legationis specie, vel sub quocumque alio colore venientibus* (1).

Inutiles efforts; remèdes impuissants contre le mal qui travaillait l'empire romain, envahi par le flot des Barbares, dont les frontières se resserraient tous les jours, et que ne protégeait plus la paix elle-même, qui n'était qu'un temps d'arrêt pendant lequel les envahisseurs trouvaient les moyens de réparer leurs forces et d'attaquer avec plus d'avantage.

491. Par des raisons analogues, les lois de l'Église, au moyen âge, défendaient le commerce avec les Turcs et les Sarrasins : le chrétien qui était surpris faisant ce commerce était excommunié et ses biens confisqués (2).

Quant aux étrangers ordinaires qui n'avaient aucune tache d'origine religieuse, les diverses lois qui s'établirent au moyen âge, et dont quelques-unes se sont perpétuées jusqu'à nos jours, sans les traiter précisément en ennemis, ont établi de notables différences entre eux et les nationaux. Mais ce qu'il y a de remarquable, c'est que ces lois devinrent oppressives, surtout après l'établissement de la féodalité. Dans les premiers siècles qui suivirent la chute de l'empire romain et la constitution des nationalités indépendantes qui lui succédèrent; on voit apparaître des lois hospitalières qui font preuves d'habitudes dont la trace se perdit bientôt. « Si quelqu'un a refusé le couvert ou le foyer à un voyageur, dit la loi des Burgundes, qu'il soit frappé d'une amende de trois solidi (3). » — « Notre volonté est que dans toute l'étendue de notre royaume, ni riche ni pauvre ne se permette de refuser l'hospitalité aux étrangers; que personne ne refuse le toit, le foyer et l'eau... — Que personne, dans l'étendue de notre domination, ne refuse l'hospitalité à ceux qui sont en route... (4). »

(1) L. 2, *Cod. quæ res exportari non debeant.*

(2) Voy. Scaccia, § 1, quæst. 7, pars 3, limit. 17, n. 24. — Suivant Straccha, *De mercat.*, pars 2, n. 40 et s., la prohibition n'avait lieu qu'en temps de guerre.

(3) Michelet, *Origine du droit fr.*, p. 410.

(4) Capitul. ann. 802 et 803; Michelet, *ibid.*; Blanqui, *Hist. de l'Écon. polit.*, t. I, p. 165.

Mais lorsque apparaît la féodalité, le législateur change de langage. Tout élément mobile et nouveau est hostile à la société féodale, dit M. Michelet (1) : et la loi, conséquente avec le principe de cette organisation nouvelle, repousse l'étranger, ou, s'il vient, le rend serf. « Se aucun hons estrange vient ester en aucune chatellenie de aucun baron, dit le chap. LXXXVII des *Établissements de saint Louis*, et il ne fasse seigneur dedans l'an et jour, il en sera exploitable au baron ; et se avanture était qu'il mourût, et n'eût commandé à rendre quatre deniers au baron, tuit li meubles seraient au baron (2). » — « Il y a teles terres, dit Beaumanoir (3), quand un frans hons, qui n'est pas gentixhons de lignage, y a manoir, et y est resident un an et jour, il devient, soit hons, soit fame, serf au seigneur dessoubs qui il vieult être resident. »

Ainsi l'homme et ses biens appartenaient au seigneur par droit de possession annale.

492. Telle fut l'origine des aubains et du droit d'aubaine. L'*aubain*, *alibi natus* (4), était l'étranger qui venait s'établir dans le royaume ou dans la châtellenie. L'*aubaine* était le droit en vertu duquel le souverain ou le seigneur succédait à l'étranger qui décédait sur les terres de sa domination sans y être naturalisé (5).

Les *Établissements de saint Louis*, tout en reconnaissant les droits des seigneurs sur la personne et les biens des aubains qui venaient s'établir sur leurs terres, nous apprennent cependant que d'après un usage établi en plusieurs lieux, les aubains ne pouvaient se faire d'autre seigneur que le roi seul (6). Les rois, qui cherchaient à concentrer en eux seuls l'autorité dispersée des seigneurs, prenaient les aubains sous leur avouerie ou protection royale : dès qu'un aubain avait reconnu le roi ou lui avait fait aveu, il conservait sa franchise

(1) *Loc. cit.*, p. 407.
(2) *Répert. de jurispr.*, v° *Aubaine.*
(3) Ch. XLV, p. 254.
(4) Boërius, *In consuet. Biturig.*, tit. *De test.*, § fin.
(5) Bacquet, *Droit d'aubaine*, ch. II, n. 5 et 6.
(6) Ch. XXXI des *Établiss.*

et était à l'abri des entreprises et des violences des seigneurs particuliers (1). On voit par des lettres patentes de Charles VI, en date du 5 septembre 1386, que dès cette époque le droit d'aubaine n'appartenait plus qu'au roi seul (2).

493. Outre le droit d'aubaine, les étrangers étaient encore assujettis à certaines taxes permanentes, ou temporaires. Ces taxes permanentes, qui consistaient surtout dans une redevance de douze deniers par an (3), cessèrent bientôt d'être exigées. Mais elles furent remplacées par des taxes temporaires, beaucoup plus lourdes, dont les rois frappaient les étrangers, selon la nécessité des temps et les besoins de l'État. Par un édit du mois de septembre 1587, Henri III ordonna que tous marchands, banquiers et courtiers étrangers résidant dans le royaume seraient obligés de prendre des lettres qui leur tiendraient lieu de naturalité, en payant les sommes auxquelles ils seraient taxés; et que dans cette taxe seraient compris ceux mêmes des étrangers qui avaient obtenu des lettres de naturalité, au moyen de quoi les uns et les autres jouiraient des mêmes priviléges que les régnicoles. Par déclaration du 29 janvier 1639, Louis XIII soumit les étrangers résidant ou possédant des biens dans le royaume à de nouvelles taxes. Enfin, Louis XIV, par plusieurs édits successifs, imposa aux étrangers naturalisés l'obligation de faire confirmer, moyennant finance, les lettres de naturalité qu'ils avaient précédemment obtenues : singulier système qui, en imposant le bienfait, trouvait le moyen d'en faire une vexation.

494. Au surplus, il est juste de remarquer que les mesures préventives qui repoussaient les étrangers, que les charges qui les grevaient lorsqu'ils étaient admis, ne frappaient pas également les marchands. A une époque où les étrangers, et surtout les Italiens et *Outramontains*, comme on disait alors,

(1) *Répert. de jurispr.*, v° *Aubaine*.

(2) .... « Qu'il est notoire et a apparu à son conseil, par les chartes, ordonnances, registres, actes, jugements, déclarations et usages anciens, qu'en son comté de Champagne lui appartiennent de plein droit tous les meubles et immeubles des aubains, en quelque justice que les aubains soient demeurans et décèdent, et en quelque lieu que leurs biens soient situés. »

(3) Bacquet, *Droit d'aubaine*, ch. IV, n. 5.

faisaient presque seuls le commerce des objets de luxe et des manufactures, on sentait la nécessité d'avoir pour eux quelques ménagements.

«Toutes les compagnies de marchands, et aussi les marchands singuliers italiens, outramontains, florentins, milanais, lucquois, genevois, vénitiens, allemans et autres marchands, si marchander veulent, et jouir des priviléges et bons usages des foires, porte l'art. 3 d'une ordonnance de Philippe VI, rendue en 1349, auront demeurance pour eux ou leurs facteurs esdites foires, sans avoir mansion principale autre part en notre royaume, et seurement viendront, demeureront et retourneront eux et leurs marchandises, et les conduiseurs d'icelles, sans qu'ils soient prins ou arrêtés par les gardes, si ce n'est en meffaict présent. »

Peu après, Charles VII accorda à la ville de Lyon le privilége de trois foires blanches, et il fut exprimé dans les lettres de concession que les marchands fréquentant ces foires jouiraient pendant leur voyage, leur séjour en France et leur retour dans leur pays, de l'exemption du droit d'aubaine. Des lettres patentes de Louis XI, du mois de mars 1462, à ces trois foires en ajoutèrent une quatrième ; et afin que les marchands étrangers les fréquentassent plus volontiers et cherchassent à avoir leur habitation à demeure à Lyon, l'art. 9 de ces lettres leur permet « de tester et disposer de leurs biens ainsi que bon leur semblera ; veut que leur testament soit valable, en ce qui sera de raison, soit qu'il ait été fait durant les foires, devant ou après, dans le royaume ou dehors, et qu'il ait son effet comme s'il avait été fait dans leur patrie ; et que dans le cas où ils viendraient à décéder dans le royaume sans avoir testé, ceux qui sont leurs héritiers, suivant les statuts, coutumes et usages de leurs pays, recueillent leur succession, comme si elle eût été ouverte par leur décès dans leur pays et domicile, sans que ces héritiers soient tenus de payer aucune finance, nonobstant tous édits et ordonnances à ce contraires. » Ces dispositions furent confirmées par d'autres lettres patentes de Charles IX, du 7 août 1579.

Le privilége que ces diverses ordonnances conféraient aux

marchands étrangers d'être exemptés du droit d'aubaine, n'était textuellement applicable qu'à ceux qui fréquentaient les foires de Lyon : les biens de tous autres marchands étrangers, soit qu'ils consistassent en deniers, rentes ou immeubles, restaient assujettis au droit d'aubaine (1). Cependant, l'usage avait sur ce point modifié la loi; et plusieurs arrêts de la chambre du Trésor, cités par Bacquet, ont ordonné la remise aux héritiers des marchands étrangers décédés en France, de leurs marchandises et biens meubles, mais non des immeubles.

On avait même élevé, relativement aux foires de Lyon, la question de savoir si les lettres patentes constitutives de leurs priviléges, étaient applicables non-seulement aux marchands forains venant à ces foires, mais aussi à ceux qui étaient établis dans cette ville. Après plusieurs arrêts du parlement de Paris, peu favorables aux étrangers, les marchands et échevins de Lyon s'adressèrent à Charles IX, qui par les lettres patentes précitées du 27 août 1569, étendit la faveur des priviléges « à tous étrangers demeurant, séjournant ou résidant en cette ville, et négociant sous la faveur de ces priviléges, tant pour leurs marchandises et effets mobiliers, que pour leurs rentes constituées. » Toutefois, l'enregistrement de ces lettres patentes au parlement de Paris, du 4 février 1572, a excepté les rentes constituées, que l'on considérait comme immeubles. L'état de choses résultant de ces lettres patentes et de l'arrêt d'enregistrement fut, bientôt après, confirmé par une ordonnance de Henri III de 1563.

On voit donc que ces priviléges étaient, en définitive, singulièrement restreints; et si l'on remarque que l'ordonnance même de Charles VI, de 1349, dont l'article 3 conviait les marchands étrangers à venir aux foires, leur défendait « de mener par eux ne par d'autres aucunes marchandises ou denrées par les détroits du royaume, si ce n'est pour les mener auxdites foires; ou que d'icelles foires soient parties ou aliénées par vendition, échanges ou autres contrats, ou que par défaut de vendre aient demeuré aux foires les jours ordonnés,

(1) Bacquet, ch. XIV, n. 1.

selon l'ancienne coutume et observance de la vendue et délivrance de chaque denrée ou marchandise, sur peine d'être celles par nous acquises, » on restera convaincu que l'ancienne législation, tout en paraissant beaucoup faire pour le commerce et les marchands étrangers, était loin de leur être toujours aussi favorable qu'il l'aurait fallu, et que le législateur de cette époque leur retirait quelquefois d'une main ce qu'il leur donnait de l'autre.

Au surplus, l'ancienne législation française à l'égard des étrangers était encore moins dure que celle de quelques autres États; de Venise, par exemple, qui, concentrant toutes ses rigueurs sur le commerce, défendait même de recevoir sur les vaisseaux de l'État aucun négociant qui ne fût sujet de la république. Les étrangers y payaient des droits de douanes deux fois plus élevés que les nationaux; ils ne pouvaient ni faire construire ni achever des navires dans les ports vénitiens; les navires, les patrons, les propriétaires, tout devait être vénitien; toute société entre les nationaux et les étrangers était interdite (1). Les lois vénitiennes ne se départaient de leur rigueur que pour les ouvriers étrangers qu'elles encourageaient au contraire à s'établir à Venise, tandis qu'elles menaçaient de mort les ouvriers nationaux qui portaient à l'étranger les arts dont leur jalouse patrie voulait se réserver le monopole (2).

Il n'y a jamais rien eu de semblable en France : les étrangers étaient capables, dans le royaume, de tous les actes du droit des gens ou du droit naturel; ils pouvaient librement vendre et échanger, donner et recevoir par actes entre-vifs; en un mot,

(1) Blanqui, *Hist. de l'Écon. polit.*, t. I, p. 293.

(2) Blanqui, *loc. cit.*, p. 296, rapporte la disposition fort curieuse de l'article 26 des *Statuts de l'inquisition d'état.* « Si quelque ouvrier ou artiste, y est-il dit, transporte son art en pays étranger, au détriment de la République, il lui sera envoyé l'ordre de revenir. S'il n'obéit pas, on mettra en prison les personnes qui lui appartiennent de plus près, afin de le déterminer à l'obéissance par l'intérêt qu'il leur porte. S'il revient, son passé lui sera pardonné et on lui procurera un établissement à Venise ; si malgré l'emprisonnement de ses parents, il s'obstine à vouloir demeurer chez l'étranger, on chargera quelque émissaire de le tuer, et après sa mort ses parents seront mis en liberté. »

faire tous les actes que ce droit autorise (1). Quant aux Français, les lois ne leur défendaient les établissements en pays étranger qu'autant qu'ils étaient permanents et sans dessein de retour (2).

495. Tel était l'état de la législation française sur l'ensemble des rapports privés internationaux, au moment de la révolution de 1789.

Cette législation, d'ailleurs, avait été modifiée par des conventions diplomatiques assez nombreuses, qui, basées sur un système de réciprocité, avaient de part et d'autre aboli le droit d'aubaine. Au moment de la Révolution, seize États avaient stipulé avec la France l'abolition du droit d'aubaine; chez d'autres, tels que la Prusse, les États romains, la Turquie, Gênes, la Suède et quelques États d'Allemagne, le droit d'aubaine n'avait lieu que pour les successions immobilières; enfin, un grand nombre d'États (3) avaient substitué au droit d'aubaine des droits de détraction ou de retenue sur la valeur totale des successions, qui presque partout s'élevaient jusqu'à 10 pour 100 de cette valeur.

496. Peut-être y aurait-il eu moyen d'arriver diplomatiquement et avec le temps à une modification complète de cet état de choses. Mais on sait la réaction qui s'opéra dans les esprits en 1789 sur toutes les questions sociales, et l'entraînement avec lequel on adoptait alors les réformes les plus radicales, quand elles paraissaient avoir pour objet la consécration des droits de l'espèce humaine. On s'écria dans l'Assemblée Constituante que le droit d'aubaine était contraire aux principes de fraternité qui doivent lier tous les hommes, quels que soient leur pays et leur gouvernement; que ce droit, établi dans des temps barbares, devait être proscrit chez un peuple qui avait fondé

(1) Merlin, *Répert.*, v° *Aubaine.*

(2) Voy. l'édit du mois d'août 1669 et la déclaration du 16 juin 1685. — Voy. au surplus, sur l'établissement des Français en pays étranger et ses conséquences, *inf.*, liv. III. — Notons ici que les articles 417 et 418 du Code pénal ne punissent que les individus qui ont fait passer des ouvriers, commis ou directeurs de fabrique à l'étranger, dans la vue de nuire au commerce français, et ceux qui ont livré à l'étranger les secrets des manufactures françaises.

(3) Quatre-vingts. Voy. le rapport de Rœderer au Conseil d'État. Locré, t. II, p. 113.

sa constitution sur les droits de l'homme et du citoyen, et que la France libre devait ouvrir son sein à tous les peuples de la terre, en les invitant à jouir, sous un gouvernement libre, des droits sacrés et inviolables de l'humanité (1). Le 6 août 1790, un décret de l'Assemblée constituante, formulant ces principes en dispositions législatives, prononça l'abolition à toujours des droits d'aubaine et de détraction, sans condition de réciprocité; et un second décret, du 13 avril 1791, admit tout étranger, même non résidant en France, à y recueillir la succession d'un Français. C'était, comme on le voit, effacer toute distinction entre les étrangers et les nationaux, confondre tous les hommes dans une égalité fraternelle, et, sous l'unique prétexte de cette égalité abstraite, marcher droit à l'inégalité en gratifiant les étrangers de droits plus étendus que les Français n'en obtenaient dans la plupart des États de l'Europe.

497. Les rédacteurs du projet de Code civil, quoique venus à une époque où les idées étaient plus calmes et les sentiments plus réfléchis, proposèrent le maintien d'un système qui ne tenait aucun compte de la réciprocité. Suivant le projet soumis au Conseil d'État, les étrangers devaient jouir en France de tous les avantages du droit naturel, du droit des gens et du droit civil proprement dit, sauf les modifications établies par les lois politiques. Mais la section de législation du Conseil d'État, adoptant un système opposé, demanda que l'étranger ne fût admis à jouir en France que des mêmes droits civils qui seraient accordés aux Français par la nation à laquelle cet étranger appartiendrait.

Deux systèmes se trouvaient alors en présence : l'un qui accordait aux étrangers tous les avantages du droit civil sans condition de réciprocité ; l'autre qui prenait la réciprocité pour mesure des droits dont les étrangers pouvaient être admis à jouir dans l'État. Une commission choisie dans le sein du Conseil fut chargée d'examiner la difficulté, et Rœderer, organe de cette commission, écartant les considérations philosophiques qui avaient entraîné la décision de l'As-

(1) Motifs du décret du 6 août 1790.

semblée constituante, pour se placer au point de vue de l'utilité et des rapports politiques de la France avec les autres États, fit un rapport dans lequel, après avoir énuméré les États avec lesquels les droits d'aubaine ou de détraction avaient été abolis réciproquement par des conventions diplomatiques, et ceux à l'égard desquels ces droits subsistaient encore, il concluait en proposant de ne point statuer sur le droit civil des étrangers par un article qui aurait toujours le caractère d'une disposition unilatérale, mais d'y pourvoir par des conventions diplomatiques, selon les occasions et le besoin des circonstances (1). Cet avis ayant prévalu, le Conseil d'État adopta une rédaction d'après laquelle l'étranger jouirait en France des mêmes droits civils que ceux qui sont accordés aux Français par les lois ou les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendrait. Mais lorsque cette rédaction fut présentée au Tribunat, il lui parut qu'il y aurait des inconvénients à prendre, pour mesure des droits que l'étranger aurait en France, la loi du pays de cet étranger, qui déterminerait ainsi à elle seule et sans le concours de la loi française les droits de cet étranger. Et comme à cette époque, aux termes de l'article 60 de la Constitution de l'an VIII, les traités d'alliance, de paix et de commerce, étaient proposés, discutés, décrétés et promulgués de la même manière que les lois, le Tribunat proposa une rédaction d'après laquelle l'étranger jouirait en France des droits civils déterminés par les traités faits avec la nation à laquelle il appartient ou par les lois françaises (2). Cette rédaction est devenue l'article 33 du Code civil, qui, fondé sur un système de réciprocité (mais non absolue, comme nous le verrons bientôt), porte que « l'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra. »

(1) Locré, t. II, p. 113.

(2) Merlin, *Répert.*, v° *Étranger*, § 1, n. 8; Locré, t. II, p. 11 et suiv. — Voy. aussi le rapport de M. le premier président Portalis à l'Académie des sciences morales, sur le *Traité* de M. Rocco, *Dell' uso e autorità delle leggi*, dans le *Compte rendu des séances de l'Académie*, par M. Ch. Vergé, t. I, p. 463.

A quoi l'article 13 ajouta que l'étranger qui aurait été admis par autorisation du chef de l'État à établir son domicile en France, y jouirait de tous les droits civils, tant qu'il continuerait d'y résider.

Quant au droit de succéder en France, et de pouvoir y profiter des dispositions entre-vifs et testamentaires faites en sa faveur, soit par un Français, soit par un étranger, l'étranger n'y fut admis, par les articles 726 et 912 du Code civil, que dans les cas et de la manière dont un Français y était admis lui-même dans le pays de cet étranger, conformément aux dispositions précitées de l'article 11 du même Code.

Ainsi se trouva rétabli le droit d'aubaine, dont on évita de prononcer le nom (1); mais la chose n'y fut pas moins, et avec plus de rigueur encore, car dans la loi nouvelle il ne fut plus question des priviléges si modestes dont les marchands avaient joui sous l'ancienne législation.

498. On sait qu'une loi du 14 juillet 1819 a abrogé les articles 726 et 912 du Code civil, et accordé aux étrangers le droit de succéder, de disposer et de recevoir de la même manière que les Français, dans toute l'étendue du royaume, sans aucune condition de réciprocité; sauf toutefois le cas de partage d'une même succession entre des cohéritiers français et étrangers : alors, les cohéritiers français doivent prélever sur les biens situés en France une portion égale à la valeur des biens situés en pays étranger, dont ils seraient exclus, à quelque titre que ce soit, en vertu des lois ou des coutumes locales (2).

Ainsi ont disparu en France les dernières traces du droit d'aubaine : sous le rapport du droit de succéder, de disposer

(1) Sur la différence existant entre le droit d'aubaine et le droit établi par les articles 726 et 912, voy. Zachariæ, *Droit civil français*, t. I, § 60. — Voy. aussi M. Demolombe, t. I, n. 243 et suiv.

(2) Voy. l'exposé des motifs de cette loi par M. de Serres. — Remarquons que l'abolition du droit d'aubaine par une loi a lieu en temps de guerre comme en temps de paix. Cass., 3 vend. an X (S., *Coll. nouv.*, t. I, 1, 529). — Voy. aussi sur l'application de cette loi au partage des successions entre cohéritiers français et étrangers, Cass., 27 août 1849 (S., 50, 1, 647); 21 mars 1855 (S., 55, 1, 273); 29 déc. 1856 (S., 57, 1, 257); 18 juill. 1859 (S., 59, 1, 822) et Paris 14 juillet 1871, §§ 71, 2, 111.

et de recevoir, les étrangers sont complétement assimilés aux Français; sous le rapport des autres droits civils, ils restent soumis aux dispositions des articles 11 et 13 du Code civil.

Envisagée sous le point de vue économique et commercial, le seul qui nous occupe ici, la loi du 14 juillet 1819 réalise un grand progrès. Le décret du 6 août 1790 n'avait eu en vue que le triomphe du principe philosophique et humain, sous lequel elle appelait à fraterniser tous les peuples de la terre. La loi de 1819, rendue à une époque plus pratique et dans un siècle dont le caractère distinctif est de rechercher ce qui est bien dans ce qui est utile, a cru avec raison qu'il ne suffisait pas d'attirer en France les capitaux étrangers en assurant à leurs possesseurs les avantages actuels de la liberté et la protection des lois françaises; qu'il fallait de plus les y fixer en leur donnant tous les avantages permanents qui sont l'attribut de la propriété. On l'a très-bien dit : un commerçant est citoyen du monde; il n'est nécessairement citoyen d'aucun pays en particulier. Peu lui importe le lieu où il tient son commerce, pourvu qu'il y trouve la protection et la sécurité dont il a besoin : *ubi benè, ibi patria;* s'il craint que cette protection ne lui manque, il part et emporte dans un autre pays, avec son capital, toute l'industrie que ce capital mettait en activité. Aucune partie de ce capital n'appartient à un pays, tant qu'il ne s'y est pas immobilisé en acquisitions d'immeubles et en constructions ou améliorations permanentes et durables. C'est donc cette immobilisation surtout qu'il s'agit de protéger. De toutes les immenses richesses qui ont été possédées par la plupart des villes Anséatiques, dit Adam Smith (1), auquel j'emprunte cette démonstration, il ne reste plus maintenant aucun vestige, si ce n'est dans les chroniques obscures des XIIIe et XIVe siècles : c'est assurément parce que, sachant acquérir, elles ne savaient ni fonder ni conserver. Au contraire, quoique les cités marchandes de la Lombardie et de la Toscane soient si grandement déchues de la splendeur commerciale qui jeta pendant plusieurs siècles tant d'éclat sur l'Italie, ces pays n'en sont pas moins riches encore et peuplés. Les

(1) Liv. III, ch. IV.

guerres civiles de Flandre et le gouvernement espagnol qui leur succéda portèrent un coup fatal au grand commerce de ce pays ; mais, forte de ses richesses acquises, la Flandre resta encore à la tête de la civilisation. Il faut donc savoir consolider la richesse, et fixer au sol les capitaux étrangers qu'on a su appeler dans le territoire ; et, pour cela, permettre à l'industrie étrangère non-seulement d'acquérir, mais de conserver et de transmettre. C'est ainsi qu'une législation intelligente sert le présent et l'avenir, les hommes et l'humanité.

499. J'arrive maintenant à l'explication des articles 11 et 13 du Code civil et à l'exposition des droits qu'ils confèrent.

D'après ces articles, l'étranger ne jouit en France des droits civils qu'autant qu'un acte du pouvoir exécutif l'a autorisé à y établir son domicile, ou que certains droits civils ont été accordés aux Français par les traités faits avec la nation à laquelle cet étranger appartient. C'est, comme je l'ai déjà dit, le système de la réciprocité. Mais cette réciprocité n'est pas pure et simple; et un étranger ne serait pas reçu, pour réclamer en France la jouissance des droits civils, à se prévaloir de ce que le Français serait admis à jouir des mêmes droits dans son pays. C'est une réciprocité diplomatique, c'est-à-dire qu'il faut qu'elle ait été établie par un traité entre les deux nations (1).

Quant à l'autorisation d'établir son domicile en France, l'étranger n'est soumis à aucune condition préalable. Le sénatus-consulte du 26 vendémiaire an XI exigeait un stage d'une année, pendant lequel l'étranger ne jouissait d'aucun droit civil ; mais ce sénatus-consulte a été abrogé par le Code, qui n'en reproduit pas les dispositions ; de sorte qu'aujourd'hui l'autorisation reste à la disposition du Gouvernement, qui peut l'accorder ou la refuser, suivant les circonstances (2).

Mais l'étranger qui l'a obtenue est tenu de résider. La non-résidence emporte déchéance des droits résultant du domi-

(1) Toullier, t. I, n. 265 ; Duranton, t. I, n. 146 ; Zachariæ, *ibid.*, § 59. — Cass., 22 janv. 1806; S., *Coll. nouv.*, t. II, 1, 206.

(2) Duranton, t. I, n. 141.

cile. Néanmoins il faut pour cette déchéance une cessation réelle de résidence : une absence momentanée ne suffirait pas pour priver l'étranger de la jouissance des droits civils (1).

C'est d'ailleurs une question qui nous semble oiseuse, que de savoir si l'étranger peut acquérir domicile en France, bien qu'il n'ait pas été autorisé à résider. Car si l'autorisation du Gouvernement est nécessaire à l'étranger, en ce sens que le Gouvernement peut toujours expulser celui qui n'est pas autorisé, et si une résidence non autorisée ne peut conférer aucun droit civil (2), ni être comptée dans le temps de stage nécessaire, comme nous le verrons plus tard, à l'étranger qui veut se faire naturaliser français (3), il n'en est pas moins vrai que l'étranger peut avoir en France une résidence de fait et d'intention qui équivaudra au domicile, de droit, pour tous les actes qui doivent être faits au domicile, ou dans lesquels il doit être fait mention de ce domicile (4).

Il est remarquable au surplus que, dans cette matière, la doctrine des vieux auteurs était beaucoup plus libérale que celle de notre temps, et que non-seulement ils accordaient une sorte de domicile aux marchands étrangers, mais qu'ils refusaient même aux autorités locales le droit de les expulser arbitrairement et sans cause majeure. « *Nùm mercatores extranei*, dit Straccha (5), *quos forenses vocant a dominis locorum sine causâ expelli possunt, interdicique ne intrà muros territoriumque morentur, et his recedere recusantibus bona auferri? — Baldus scripsit : Mundus est omnibus communis patria, et ideò expelli non possunt, nisi causâ ex quâ possint relegari. Postquam autem in-*

(1) Maleville, sur l'article 13 du Code civ. ; M. Demolombe, t. I, n. 270.

(2) Voy. Cass., 12 janvier 1869, S., 69,1, 139, et Paris, 14 janvier 1871, S., 71, 2, 141. Ce dernier arrêt juge que le fait de la part d'un étranger qui a perdu tout esprit de retour dans son pays, d'avoir toujours vécu en France et d'y avoir accompli tous les actes de la vie civile ne tient pas lieu de l'autorisation exigée par l'art. 13, Cod. com.

(3) Voy. *inf.*, n. 988.

(4) Code proc., art. 59. — Voy., sur la question, un article de M. Bonnier, dans la *Revue de législation*, t. II, p. 64, et Merlin, *Répert.*, v° *Étranger*, § 13, et M. Demolombe, t. I, n. 268.

(5) *De mercaturâ*, part. II, n. 33 et suiv.

gressi sunt, inter populares habentur, et tàm contrà naturalem æquitatem quàm bonum publicum est eos expellere. »

500. Bien qu'il n'entre pas dans le plan de cet ouvrage d'examiner les législations étrangères et de les conférer en tout point avec la législation française, cependant nous ferons remarquer qu'en Hollande, aux termes de l'article 9 de la loi du 15 mai 1829, le droit civil du royaume est le même pour les étrangers et pour les Hollandais, tant que la loi n'a pas ordonné explicitement le contraire.

L'article 33 du code autrichien contient une disposition semblable : il porte que les étrangers jouissent des mêmes droits que les indigènes, lorsque la qualité de citoyen n'est pas exigée ; mais que, pour les cas douteux, le droit d'aubaine est en vigueur.

En Espagne, suivant l'article 18 du Code de commerce, les étrangers qui auront obtenu leur naturalisation ou qui ont leur domicile en Espagne, conformément aux lois du pays, peuvent librement exercer le commerce avec les mêmes droits et sous les mêmes obligations que les naturels du royaume. — Quant aux étrangers qui ne sont pas naturalisés, ou qui n'ont pas de domicile légal, ils ne peuvent, d'après l'article 19, exercer le commerce sur le territoire espagnol qu'en se conformant aux règles convenues et aux traités existant avec leurs gouvernements respectifs ; dans le cas où ces règles ne seraient pas déterminées, ils jouissent des mêmes facultés et franchises que celles accordées aux commerçants espagnols dans les États auxquels ils appartiennent. — C'est, comme on le voit, un système de réciprocité analogue, quoique plus complet, à celui de notre Code civil.

501. En Russie, les étrangers ne peuvent en général exercer le commerce qu'autant qu'ils sont inscrits dans une *guilde* ou division de l'ordre des commerçants (1).

502. En Angleterre, les étrangers sont privés de l'exercice de certains droits qui leur sont ouverts dans d'autres États, et surtout en France ; ainsi ils ne peuvent ni acquérir la pro-

(1) Voy. *Rev. étrang.*, t. II, p. 672, et t. III, p. 674. Voy. aussi un décret du 1er déc. 1860, sur les Français inscrits dans une guilde.

priété des immeubles ; ils ne pouvaient même, d'après d'anciens statuts, les prendre à loyer ; à plus forte raison ne peuvent-ils les transmettre ou les recevoir par voie de donation entre-vifs ou testamentaire. Ils ne peuvent acquérir que des *meubles*, qu'ils sont également capables de donner ou de recevoir, soit entre-vifs, soit par testament (1). Les statuts 7 et 8 Victoria, cap. LXVI, leur ont plus récemment concédé le droit de posséder temporairement des immeubles, et par conséquent de les prendre à bail (2). — Il leur est d'ailleurs permis de faire le commerce.

Pendant longtemps la naturalisation ne pouvant s'obtenir en Angleterre que par un acte du parlement, l'étranger qui voulait jouir des droits analogues à ceux des sujets anglais, obtenait des lettres de denization qui constituent une sorte de naturalisation imparfaite. Ces lettres portent que l'impétrant sera désormais réputé et tenu pour naturel anglais, et pour féal et homme-lige ; qu'il pourra recueillir tous héritages, en acheter, les posséder et en jouir comme il lui plaira : *Ut sic posthac indigena et in omnibus habeatur, et teneatur tanquam fidelis ligius in regno oriundus et omnia hæreditamenta recipere, capere, emere, possidere et gaudere ut sibi placuerit, possit*..... (3). » Du reste, jusqu'à une époque qui n'est pas très-reculée, l'étranger denizé ne cessait pas d'être assujetti aux taxes imposées sur les étrangers ; et il était même soumis à quelques charges particulières (4) ; mais ces taxes, connues sous la dénomination de droit de *ballot* ou d'*étalage* (*duties of package and scavage*), ont été abolies en 1833 (5).

Depuis, une loi votée en avril 1870 par la chambre des lords et au mois de mai suivant par la chambre des communes, a donné

(1) Blackstone. — Voy. Merlin, *Répert.*, sect., I, § 2, art. 4, n. 4.

(2) Voy. Westoby, *Législ. angl.*, p. 27.

(3) *Ibid.*, p. 40 et suiv.

(4) Voy. Wanostrocht, *Tableau de la Constitution de la Grande-Bretagne*, p. 89 ; Blackstone, *Lois anglaises*, ch. XII ; Gilles Jacob, *Common Law*, pp. 127 et 270.

(5) Stat. 3 et 4 Guillaume IV, c. LXVI. — Voy. sur les conditions générales relatives à la résidence des étrangers en Angleterre, l'*alien act* de 1826 (7 Georg. IV, ch. LIV, § 2).

des facilités nouvelles à la naturalisation des étrangers, en même temps que par dérogation à la législation antérieure elle a reconnu la validité de la naturalisation des sujets britanniques à l'étranger (1).

503. Il reste à savoir maintenant quels sont les droits, compris sous cette dénomination de *droits civils,* dont un étranger n'est admis à jouir en France que sous la condition de domicile ou de réciprocité.

Bien que presque tous les actes de la vie de l'homme soient réglementés par les lois civiles propres à chaque peuple, cependant tous ces actes ne doivent pas être considérés comme l'exercice des droits civils proprement dits, parce que tous ne sont pas l'effet d'une concession de la loi. Il en est au contraire qui sont les conséquences d'un droit antérieur commun à tous les hommes, c'est-à-dire du droit naturel ou du droit des gens. Ces actes qui, suivant une expression fort juste, sont comme la vie humaine mise en action, et reposent sur la foi naturelle de l'homme en la parole de l'homme (2), ne changent pas de caractère en passant de la loi primitive et non écrite, dans la loi écrite qui les constate et en détermine les formes et l'application. Tel est le mariage; tels sont les contrats nécessaires au commerce des hommes, en prenant ce mot dans son sens général, c'est-à-dire les contrats qui ont pour objet la transmission d'une chose ou d'un droit (3) ; tels sont, à plus forte raison, les contrats particuliers au commerce proprement dit. Ces droits appartiennent à tous les hommes sans distinction de nationalité, et sans qu'il soit nécessaire qu'une loi les leur confère : ils ne cesseraient de leur appartenir que si une loi positive leur en interdisait l'exercice.

Mais il en est autrement des droits qui sont une pure concession de la loi, c'est-à-dire qui n'existeraient pas si une disposition de la loi ne les avait pas établis, soit comme condition d'un droit antérieur, soit comme conséquence de la réunion des hommes en société, soit comme moyen de maintenir cette

(1) Calvo, t. I, § 318.
(2) Rapport, déjà cité, de M. le premier président Portalis.
(3) Voy. *sup.*, n. 3.

réunion, de la protéger et de la conduire à ses fins; ces droits, résultant de la loi civile, ne peuvent donc être revendiqués que par ceux dont cette loi civile régit les actions, c'est-à dire par les nationaux, et exceptionnellement, par ceux qui se trouvent dans les conditions voulues d'assimilation aux nationaux (1).

En France, les étrangers sont admis à faire le commerce (2) comme les Français et sans condition de domicile ou de reciprocité, puisque le commerce en lui-même est de droit naturel, et que tous les actes dont l'ensemble le compose, pris séparément, sont eux-mêmes de droit naturel. Tous les actes commerciaux se résument en contrats de vente, d'échange, de louage, de mandat, de dépôt, de société; et tous ces contrats sont essentiellement du droit naturel ou des gens, parce qu'il n'est pas besoin de loi pour pouvoir acheter les choses dont on a besoin, vendre celles dont on est propriétaire, les échanger ou les louer; engager soi-même ou ses services pour un temps ou pour une chose déterminée; se charger des affaires d'autrui; enfin se réunir et former une association particulière au milieu de la grande association pour laquelle l'homme lui-même a été créé (3). Tous ces contrats sont donc permis aux étrangers, à la condition toutefois de se conformer aux lois françaises qui en déterminent la forme et les effets, si ces contrats doivent être exécutés en France, ainsi que nous l'expliquerons plus tard.

Il suit de là que les lois qui ne sont pas destinées à protéger le commerce français en particulier, mais le commerce en général, peuvent être invoquées par les étrangers aussi bien que par les Français, parce qu'elles sont faites pour tous ceux qui contractent en France sans distinction de nationalité. C'est en ce sens qu'il a été jugé par la Cour de cassation les 3 et 5 juillet 1865 (4), que les étrangers peuvent aussi bien

(1) Voy. M. Demolombe, t. I, n. 240, et M. Demangeat, *De la condition des étrangers en France*, n. 56 et suiv.

(2) M. Pardessus, n. 55.

(3) Sur le droit des étrangers de contracter en France une société commerciale, voy. un article de M. Langlois dans la *Revue étrangère de législation*, t. VII, n. 716.

(4) S., 65, 1, 441. Voy. aussi dans le même sens Limoges, 28 fév. 1866,

que les Français se prévaloir, même en l'absence d'une convention internationale établissant la réciprocité, et sans avoir été autorisés à établir leur domicile en France, des dispositions du cahier des charges d'une compagnie de chemins de fer français, interdisant tous avantages particuliers de la part de celle-ci au profit de certaines entreprises de transports, l'unité du tarif ne constituant pas un droit civil réservé aux seuls Français, mais une disposition ayant en vue l'intérêt public commercial qui peut être invoquée par tous ceux à qui les compagnies de chemins de fer sont obligées de donner accès tant pour leurs personnes que pour leurs marchandises.

Au contraire, les étrangers ne sont capables en France des actes qui regardent moins l'homme que le citoyen, qu'autant qu'ils se trouvent dans les conditions voulues par les articles 11 et 13 du Code civil. Ainsi ils ne peuvent prétendre aux droits de famille en général, aux droits de puissance paternelle ou maritale; ils ne peuvent être tuteurs (1), curateurs, ni voter dans un conseil de famille (2).

Comme on le voit, les actes interdits à l'étranger, non admis à établir son domicile en France, qui ne peut invoquer en sa faveur aucune réciprocité diplomatique, se rattachent plutôt à sa capacité civile qu'à sa capacité commerciale ; d'où il résulte que, sous ce dernier point de vue, le commerçant étranger trouve en lui-même la capacité nécessaire pour faire tous les actes que réclament les besoins de son industrie, sans qu'il soit nécessaire qu'une loi expresse l'en déclare capable ; et si quelquefois nos lois ont spécialement déclaré l'étranger habile à faire certains actes commerciaux, ce n'était pas par nécessité, ou pour exclure les autres actes, mais plutôt pour lever les doutes qui pouvaient naître de la contra-

S., 62, 6, 143. — Mais voy. en sens contraire l'arrêt de Bordeaux du 28 juil. 1863 (S., 64, 2, 17), cassé par l'arrêt précité du 3 juillet 1865.

(1) Suivant M. Zachariæ, t. I, p. 160, l'étranger ne peut être tuteur, alors même qu'il est admis à l'exercice des droits civils. La tutelle lui paraît une dépendance de l'état politique que les étrangers ne peuvent acquérir que par la naturalisation. J'inclinerais pour l'opinion contraire : la tutelle me paraît être plutôt une charge de famille qu'une fonction publique.

(2) Voy. sur le sens des articles 11 et 13, Merlin, *Répert.*, v° *Étranger*, § 1, n. 8 et suiv. Voy. aussi Paris, 21 mars 1861, S., 61, 2, 209.

riété des usages ou des législations étrangères. C'est ainsi que l'article 1er du titre des *Assurances* de l'ordonnance de 1681, conforme à l'article 2 du chapitre III du *Guidon de la mer*, en permettant aux étrangers d'assurer et de faire assurer les navires et marchandises, leur accorde expressément une faculté que leur refusaient aussi expressément les lois de certains États maritimes (1).

Cependant, par une exception que justifient l'intérêt et la sûreté de l'État, aucun étranger, à moins qu'il ne jouisse des droits civils, ne peut être propriétaire en tout ou en partie d'un navire français jouissant des priviléges accordés aux bâtiments nationaux (2). Il y a plus : aucun Français résidant en pays étranger ne peut être propriétaire en totalité ou pour partie d'un bâtiment français, s'il n'est pas associé dans une maison de commerce française, faisant le commerce en France ou dans les possessions de France ; et s'il n'est pas prouvé par certificat du consul de France, dans le pays étranger où réside le Français, qu'il n'a point prêté serment de fidélité à cet État, et qu'il s'est soumis à la juridiction du consul (3).

504. De ce que tout étranger résidant en France est autorisé à y faire le commerce, il résulte qu'il peut y être déclaré en état de faillite, la législation des faillites étant une loi d'ordre public et de police qui atteint tous ceux qui habitent le territoire français et qui y font le commerce (4). C'est même à tort qu'on prétendrait que les étrangers ne peuvent être déclarés en faillite que si leurs créanciers français ne s'y opposent pas (5): la faillite n'est pas plus établie dans l'intérêt du débiteur que dans l'intérêt du créancier. C'est un état qui

(1) Telle était la loi de Florence : *Florentiæ adest statutum, prohibens Florentinis facere assecurationes pro forensibus.* — Voy. le cardinal Tuscus, v° *Assecuratio*, concl. 523 ; Roccus, *De assecurat.*, n. 71.

(2) Loi du 21 sept. 1793, art. 2. — Voy. *inf.*, liv. IV.

(3) Décret du 2 vend. an II, art. 12. — Voy. *sup.*, tit. I, ch. III.

(4) Cass., 24 nov. 1857 (S., 58, 1, 65). — Voy. M. Renouard, *Des faillites*, t. II, p. 170 ; M. Demangeat, *Cond. des étrang.*, p. 397, et *Notes sur Fœlix*, t. II, p. 235 ; MM. Goujet et Merger, *Dict.*, v° *Faillite*, n. 14 ; M. Alauzet, *Comm. du Code com.*, t. IV, n. 1645.

(5) Voy. les développements du pourvoi sur lequel a statué l'arrêt précité du 24 nov. 1857 (S., *loc. cit.*).

oblige les uns et les autres à l'abandon d'une partie de leurs droits en échange de certains avantages; et il constitue un tout indivisible dans un intérêt général et d'ordre public, aussi bien vis-à-vis des étrangers que des Français.

505. Il y a d'ailleurs certains actes, non commerciaux par eux-mêmes, mais qui se rattachent à la suite des opérations commerciales, et à l'égard desquels la capacité de l'étranger non admis à jouir des droits civils peut faire question.

Ainsi on s'est demandé si l'étranger peut être arbitre.

Il faut distinguer, pour résoudre la question, entre l'arbitrage volontaire et l'arbitrage forcé.

S'il s'agit d'un arbitrage volontaire, un étranger peut incontestablement être choisi pour arbitre par les parties. L'arbitrage volontaire est un mandat, et le mandat est un contrat du droit naturel ou des gens dont l'étranger est conséquemment capable, soit qu'il y figure comme mandataire, soit qu'il y figure comme mandant (1). Agissant par la seule volonté des parties, les arbitres ne sont revêtus d'aucun caractère public. *Arbitri compromissarii*, dit Cujas (2), *nec notionem, nec jurisdictionem habent : privati sunt. —Arbitri munus non est publicum ut judicis*, dit encore Godefroy (3). L'incapacité de l'étranger ne serait donc fondée sur aucune raison légale (4).

Je ne pense même pas qu'on doive faire une différence, dans ce cas, entre les arbitres nommés directement par les parties, et ceux qui, sur la délégation ou le refus des parties, sont nommés par le tribunal : les arbitres nommés par les juges n'ont pas un caractère autre que ceux qui sont nom-

(1) Merlin, *Quest.*, v° *Arbitre*, § 14, art. 4, et v° *Jugement*, § 14, n. 3; M. Pardessus, n. 1389.

(2) Sur la loi 2, ff. *De judiciis.*

(3) Sur la loi 13, § 5, ff. *De his qui notanturinfamiâ.* — Voy. aussi Brodeau, sur Louet, lettre H, § 25. — Mornac, sur la loi 1, ff. *De receptis*, confirme cette opinion par une comparaison d'assez mauvais goût : *Arbitri*, dit-il, *non judices, sed simiæ judicum.*

(4) On oppose à cette solution un arrêt de la Cour de cassation du 7 floréal an V (S., I, 1, 75); mais il est inapplicable, ayant été rendu à l'occasion d'un arbitrage constitué en vertu de la loi du 10 juin 1793 sur les biens communaux. C'était, dès lors, un arbitrage forcé.

més par les parties; leurs pouvoirs sont les mêmes; et ils ont en définitive la même origine, puisque la nomination des arbitres est toujours l'exécution du compromis par lequel les parties se sont engagées à soumettre à un tiers la décision des contestations qui les divisent (1).

Quant aux fonctions du tiers arbitre appelé à départager les arbitres divisés d'opinion, elles n'excèdent pas non plus la capacité de l'étranger. Si les parties, en compromettant, se sont réservé la faculté de nommer le tiers arbitre, leur choix peut tomber sur un étranger; si elles ont délégué ce droit aux arbitres, ceux-ci peuvent faire par délégation tout ce qu'auraient pu faire les parties elles-mêmes; enfin si, faute par les parties de pouvoir s'accorder, la nomination est faite par le tribunal, les mêmes raisons assurent aux juges la même liberté.

Mais il en était autrement en matière d'arbitrage forcé dans une société commerciale. Avant que l'arbitrage forcé eût été supprimé par la loi du 17 juillet 1856, les arbitres forcés étaient de véritables juges; ils tenaient leurs pouvoirs, non des parties, mais de la loi; ils exerçaient une magistrature temporaire. Un étranger était donc incapable d'exercer ces fonctions, quoique passagères, aussi bien qu'il le serait d'exercer une magistrature permanente, parce que c'est la nature de la fonction, et non sa plus ou moins longue durée, qui en détermine le caractère (2).

Il y a plus : l'étranger, même admis à la jouissance des droits civils, n'était pas capable d'être arbitre forcé, parce que l'exercice des fonctions publiques suppose non-seulement une capacité civile, mais une capacité politique qui ne peut être conférée à l'étranger que par la naturalisation.

Remarquons au surplus que si des associés justiciables des arbitres forcés avaient soumis, par un compromis, leur contestation à des arbitres volontaires, ou introduit dans l'arbitrage forcé des modifications conventionnelles de nature à le

(1) Voy. *contrà*, MM. Mongalvy, *De l'arbitrage*, n. 118 et suiv.; et Carré, *Lois de la procédure*, n. 3260.

(2) Paris, 3 mars 1828 (S., Coll. nouv., 8, 2, 45. D., 27, 2, 31).

faire dégénérer en arbitrage volontaire, la capacité des étrangers aurait repris le dessus, comme s'il se fût agi d'un arbitrage originairement volontaire (1).

506. De ce que l'étranger, même admis à la jouissance des droits civils, ne pouvait être arbitre forcé, il résulte qu'à plus forte raison il ne peut être élu juge dans un tribunal de commerce. Il ne pourrait même, comme notable commerçant, concourir à cette élection : les fonctions électorales, se rapportant à une fonction publique, supposent une capacité politique qui n'existe pas sans la qualité de citoyen français (2).

Enfin, de ce que les étrangers, même jouissant des droits civils, ne peuvent remplir aucune fonction publique, il résulte encore qu'ils ne peuvent être ni agents de change ni courtiers (3). Telle est d'ailleurs la disposition formelle de l'article 7 de l'arrêté du 29 germinal an IX (4).

Je me suis déjà expliqué sur le point de savoir si un étranger peut être consul (5).

507. L'étranger, qui peut être nommé arbitre-juge, peut, à plus forte raison, être nommé arbitre-rapporteur (6) ou expert (7). C'est alors un simple avis que lui demandent les juges ; il faut donc se déterminer, dans ce cas, moins par la capacité civile de l'étranger, que par sa capacité naturelle.

508. Quelquefois la validité d'un acte dépend du concours ou de la présence de témoins qui lui donnent un degré d'authenticité plus grand, en assistant l'officier public duquel il émane. En renfermant la question dans les termes du droit commercial, ou du moins des actes qui peuvent intéresser le commerce, elle se présente en matière de saisie-exécution, de contrainte par corps et de protêt. Aux termes de l'art. 585 du

(1) Sur les cas dans lesquels l'arbitrage forcé dégénère en arbitrage volontaire, voy. *Dictionnaire du contentieux commercial*, v° *Arbitrage forcé*, § 1.

(2) M. Pardessus, n. 1439.

(3) M. Mollot, *Des bourses de commerce*, n. 85.

(4) L'art. 75 du Code de commerce d'Espagne renferme une disposition semblable.

(5) Voy. tit. I, ch. III, sect. II, de ce même liv. II.

(6) Code proc., art. 429 et suiv.

(7) *Ibid.*, 302 et suiv.

Code de procédure, l'huissier qui procède à une saisie-exécution doit être assisté de deux *témoins, français.* L'art. 783 du même Code, relatif à la contrainte par corps, veut que l'huissier qui la met à exécution soit assisté de deux *recors.* Enfin l'art. 173 du Code de commerce porte que les protêts sont faits par huissier assisté de deux *témoins.*

Nul doute en ce qui touche la saisie-exécution. L'art. 585 du Code de procédure est formel. Les témoins doivent être français. Un étranger, même admis à la jouissance des droits civils, ne pourrait donc remplir cette fonction (1).

Il ne peut y avoir de difficulté que relativement à la contrainte par corps (quand elle existait) ou au protêt, qui, d'après les articles précités, doivent être accompagnés de l'assistance de *recors* ou de *témoins.* Mais si l'on réfléchit que l'assistance des recors ou des témoins n'est exigée que dans le but de fortifier l'authenticité de l'acte, et que la signature des témoins sur le procès-verbal en certifie les énonciations, que conséquemment les recors ou les témoins remplissent une fonction ou un office public, on reconnaîtra qu'ils doivent nécessairement être Français, puisqu'un étranger, même admis à la jouissance des droits civils, ne saurait avoir une capacité suffisante pour remplir un office public (2).

Mais ici naît la question de savoir si le concours d'un étranger à un acte, comme témoin, est une cause de nullité, lorsqu'une erreur commune et partagée par ceux qui ont appelé cet étranger à leur prêter son assistance, lui attribue la qualité de Français. Cette question s'est maintes fois présentée en matière

(1) C'est ce qui a été jugé en matière de testament par la Cour de cassation le 23 janv. 1811, par l'application de l'art. 989 du Code civ., qui exige que les témoins d'un testament soient *sujets du Roi et jouissent des droits civils :* cette cour a décidé qu'un étranger qui jouissait des droits civils n'avait pas cette qualité de sujet (S., Coll. nouv., 3, 1, 283). — Voy., dans le même sens, M. Merlin, *Répert.*, v° *Témoin instrumentaire,* § 2, n. 3; M. Duranton, t. IX, n. 105; M. Toullier, t. V, n. 397; M. Delvincourt, t. I, p. 311, et Favard, *Répert.*, v° *Testament*, sect. I, § 3. Le contraire a cependant été jugé par la cour de Turin, le 18 avril 1809 (S., Coll. nouv., 3, 2, 54).

(2) M. Pardessus, n. 419 et 1516. — Remarquez que l'art. 9 de la loi du 26 vent. an XI, sur le notariat, prescrit aux notaires de ne prendre pour témoins, dans leurs actes, que des citoyens français.

de testament, et elle a presque toujours été résolue dans le sens le plus équitable; c'est-à-dire que la capacité putative a été considérée comme équivalente à la capacité réelle (1). Je crois, par la même raison, qu'il doit en être ainsi des témoins requis pour les actes dont il vient d'être parlé.

Quant aux actes de l'état civil, comme ils ont pour but de constater des faits naturels et indépendants de la volonté, que le concours des témoins y est requis, non pour donner à l'acte plus de force et d'authenticité, mais uniquement pour certifier le fait qui s'est passé sous leurs yeux, et que, pour certifier ce fait, il suffit de la capacité naturelle de voir, d'entendre et de parler, il n'y a aucune raison pour que les étrangers soient incapables d'être témoins dans les actes de cette nature (2).

509. De ce que l'étranger, même non autorisé à établir son domicile en France, est capable d'y faire tous les contrats qui ressortent du droit naturel ou du droit des gens, il en résulte qu'il peut ester en jugement, et demander aux tribunaux l'exécution des contrats qu'il a pu faire. C'est, comme nous le verrons bientôt, ce qui résulte des articles 14 et 15 du Code civil. Toutefois ce droit est surbordonné à certaines conditions et à des règles de compétence dont l'exposition viendra plus tard (3).

509 *bis*. Nous devons cependant dès à présent faire remarquer que le droit d'ester en jugement en France reconnu aux étrangers existe au profit des personnes morales aussi bien qu'au profit des personnes physiques, et par conséquent au profit des sociétés commerciales étrangères qui ne constituent que des personnes morales (4).

(1) Voy. M. Grenier, *Des Donations*, t. I, n. 256; M. Toullier, t. V, n. 407; M. Delvincourt, t. II, p. 828; M. Duranton, t. IX, n. 109, et t. XIII, n. 35, et Cass., 28 juill. 1831 (S., 32, 1, 174); Aix, 30 juill. 1838 (S., 39, 2, 85). — Voy. nos notes 9 et 10 sur le § 439 de Zachariæ.

(2) M. Delvincourt, t. I, notes, p. 56; M. Rocco, p. 81; M. le premier président Portalis, rapport déjà cité, p. 468; Marcadé, sur l'art. 37, Code civ. — *Contrà*, M. Demolombe, t. I, n. 281.

(3) Voy. *inf.*, sect. III.

(4) Voy. les arrêts cités dans les notes suivantes.

Mais on s'est demandé, lorsque les sociétés anonymes ne pouvaient exister en France qu'avec l'autorisation du Gouvernement (1), si les sociétés anonymes étrangères, régulièrement constituées en pays étranger, ne pouvaient ester en justice en France qu'autant qu'elles y avaient une existence conforme aux prescriptions de la loi française, c'est-à-dire lorsqu'elles y avaient été autorisées.

Nous inclinerions à décider, en thèse générale, que toute société étrangère qui a été établie en pays étranger conformément aux lois de ce pays, et, par exemple, que toute société anonyme étrangère, régulièrement constituée en pays étranger, qui par conséquent est une personne morale dans son pays d'origine, conservait cette personnalité en France et pouvait ester en justice sans avoir besoin de remplir en France les conditions auxquelles était subordonnée l'existence légale des sociétés de cette nature (2).

Cependant il a été jugé par la Chambre des requêtes de la Cour de cassation, le 1er août 1860 (3) et par plusieurs arrêts de Cour d'appel (4), que si la disposition de l'article 15 du Code civil suivant laquelle l'étranger a le droit de poursuivre judiciairement en France l'exécution des obligations contractées envers lui par un Français, s'appliquait aux personnes morales comme aux personnes physiques, ce n'était qu'autant que ces personnes morales avaient une existence conforme aux prescriptions de la loi française ; et qu'ainsi les sociétés anonymes étrangères, quoique régulièrement constituées dans le pays où elles ont leur siége, n'étaient pas recevables à ester en justice en France si elles n'y avaient pas été autorisées par le gouvernement français.

Et ce qui donnait à cette jurisprudence un appui considérable, c'est une loi du 30 mai 1857 dont l'article 1er autorisait les sociétés anonymes et autres associations commerciales industrielles ou financières légalement constituées en

(1) Voy. *inf.*, t. III, n. 1979.

(2) Voy. M. Buchère, *Des valeurs mobilières*, n. 477.

(3) S., 60, 1. 865.

(4) Orléans, 19 mai 1860, S., 60, 1, 864, à la note ; Aix, 17 janv. 1861, S., 61, 2, 335 ; Paris, 15 mars 1863, S., 63, 1, 353 à la note.

Belgique à exercer leurs droits en France, et qui en même temps par son article 2 donnait au gouvernement le droit d'appliquer à tous les autres pays le bénéfice de l'article 1er, droit dont il a été fait usage par plusieurs décrets successifs : d'où il était permis de conclure que les sociétés anonymes étrangères ne pouvaient exercer leurs droits en France, quand elles n'y étaient pas légalement constituées, qu'autant qu'elles avaient été légalement constituées dans un pays auquel avait été étendu le bénéfice de l'article 1er de la loi du 30 mai 1857 (1).

Donc avant la loi du 19 juillet 1867 qui dispense les sociétés anonymes de l'autorisation du gouvernement, les sociétés anonymes étrangères ne pouvaient être admises à exercer leurs droits en France à moins de conventions diplomatiques contraires, sauf l'application de la loi du 30 mai 1857, qu'autant qu'elles avaient reçu en France l'autorisation nécessaire pour leur donner une existence légale.

Mais cela n'était absolument vrai que lorsque les sociétés anonymes étrangères agissaient comme demanderesses : ne leur reconnaissant pas d'existence légale, on ne leur reconnaissait pas d'action. Il en était autrement quand elles étaient actionnées comme défenderesses par les Français avec qui elles avaient contracté; leur existence de fait suffisait pour qu'elles fussent tenues de répondre aux demandes formées contre elles, et qu'il ne leur fût pas permis de s'abriter derrière une fin de non-recevoir contre les réclamations dont elles étaient l'objet (2). Cela me paraît en effet éminemment juste et juridique; mais si on les trouvait bonnes pour se défendre, il me paraît aussi que réciproquement il était également juridique de les trouver bonnes pour demander, et de ne pas faire dépendre leur capacité et leur aptitude dans un sens ou dans l'autre, de la loi française, mais de la loi étrangère sous l'empire de laquelle elles avaient pris naissance, et qui réglait les conditions de leur existence.

Au surplus aujourd'hui sous l'empire de la loi précitée du

(1) Orléans, 19 mai 1860, S., 60, 1, 865, à la note; Paris, 14 mai 1863, S., 63, 1, 353, à la note.
(2) Cass., 19 mai 1863, S, 63, 1, 358.

19 juillet 1867, les sociétés anonymes étrangères peuvent toujours agir en France soit en demandant, soit en défendant (1).

510. La forme des contrats, que les étrangers peuvent faire en France, et leurs effets demandent des explications, mais qui, étant relatives moins à la capacité de l'étranger qu'à l'application des lois locales ou étrangères qui régissent ces contrats, viendront en leur lieu (2).

Cependant, il est deux points qui, bien que relatifs aux effets de l'acte, touchent surtout la capacité de la personne, et sur lesquels je dois m'expliquer ici. Il s'agit de savoir si l'étranger peut prescrire en France contre un Français, et s'il peut y acquérir hypothèque ou privilége.

511. Quant à la prescription, je ne crois pas la difficulté sérieuse. La prescription est le droit naturel, soit qu'on la considère comme moyen d'acquérir ou comme moyen de se libérer, parce que, dans l'un et l'autre cas, elle repose sur la possession, qui est le plus naturel de tous les titres à la jouissance d'une chose ou d'un droit. La détermination du temps nécessaire à l'accomplissement de la prescription est sans doute une institution du droit civil et arbitraire ; mais le principe même de la prescription est indépendant de toute disposition législative, et peut dès lors être invoqué par les étrangers aussi bien que par les nationaux, sauf à eux à se conformer aux lois qui en établissent les conditions et la durée.

« La prescription immémoriale, dit Vattel (3), met le droit du possesseur à couvert de toute éviction, car il est de droit présumé propriétaire, tant qu'on n'a point de raisons solides à lui opposer. Et où prendrait-on ces raisons, lorsque l'origine de la possession se perd dans la nuit des temps? Elle doit même le mettre à couvert de toute prétention contraire à son droit. Où en serait-on, s'il était permis de révoquer en doute un droit reconnu pendant un temps immémorial, et lorsque les moyens de le prouver sont détruits par le temps?

(1) Paris, 25 mars 1872, Gaz. du 5 oct.
(2) Voy. *inf.*, sect. II.
(3) Liv. II, ch. XI, § 143.

La possession immémoriale est donc un titre inexpugnable, et la prescription immémoriale, un moyen qui ne souffre aucune exception. L'une et l'autre est fondée sur une présomption que la loi naturelle nous prescrit de prendre pour une vérité incontestable (1). »

Ce que Vattel dit de la prescription immémoriale peut se dire de toute espèce de prescription, quel que soit le temps requis pour son accomplissement; parce que toute prescription suppose de la part de celui contre lequel on prescrit, soit une renonciation, s'il s'agit d'une prescription libératoire ; soit un consentement, s'il s'agit d'une prescription acquisitive : de telle sorte que celui au profit duquel elle s'opère, et qui a pour lui cette présomption de consentement ou de renonciation, ne saurait être tenu de prouver autrement son droit, et de produire les titres primitifs que le temps a fait disparaître, ou qu'il n'a pas cru devoir conserver lorsqu'ils étaient remplacés par le titre nouveau résultant d'une longue possession. Cela est vrai surtout dans les matières commerciales : de ce que dans le commerce personne n'est présumé abandonner gratuitement sa chose ou son droit, l'inaction pendant un temps suffisant pour prescrire, de la part de celui qui se prétend propriétaire ou créancier, doit être prise pour l'aveu qu'il n'a plus de droit ou qu'il n'en a jamais eu.

D'ailleurs, comme le fait très-bien remarquer M. Troplong (2), la prescription a été introduite moins en faveur de celui qui prescrit qu'en haine de la négligence de celui qui laisse perdre ses droits. C'est plutôt une peine infligée à la négligence qu'une faveur accordée à la vigilance. Peu importe dès lors envers qui le Français s'est montré négligent, et que ce soit un étranger qui ait profité de cette négligence : la faute étant la même, doit toujours être également punie.

L'étranger peut donc, en France, prescrire contre un Français (3). Si la question avait pu être douteuse quand l'étranger

(1) Voy. aussi Grotius, liv. II, ch. IV, n. 9, et Puffendorf, liv. IV, ch. XII, n. 7.

(2) *De la prescription*, n. 35.

(3) Voy. M. Merlin, *Répert.*, v° *Prescription*, sect. II, § 8, n. 1 ; M. Troplong, *De la prescription*, n. 35 ; M. Delvincourt, t. II, p. 639 ; Zachariæ, t. I, § 61, et t. V, § 844 ; M. Duranton, t. I, n. 159 ; Demolombe, t. I, n. 243.

ne pouvait acquérir de certaines manières, par donation entre-vifs, par testament ou par succession, tous les doutes seraient levés depuis que la loi du 19 juillet 1819, en abolissant les dernières traces du droit d'aubaine, a rendu aux étrangers le libre et entier exercice du droit de propriété (1).

Pothier, il est vrai, refuse à l'étranger le droit de prescrire en France (2). Mais il est manifeste que son opinion, donnée sous l'influence des principes du droit romain, qui excluait les étrangers de la prescription, pour n'y admettre que les citoyens (3), et du droit d'aubaine, qui les déclarait incapables d'acquérir par succession ou testament, ne peut plus avoir aujourd'hui aucune autorité sur la solution de la question. Et d'ailleurs, même sous l'ancien droit, cette opinion n'était pas suivie, ainsi qu'il résulte d'un arrêt du parlement de Paris du 25 juin 1728, rendu sur les conclusions conformes de M. l'avocat général Gilbert des Voisins (4).

Réciproquement, l'étranger est soumis en France aux prescriptions établies par la loi française, soit quant à ses immeubles, ce qui ne peut faire aucune difficulté; soit quant à ses actions, suivant les distinctions qui seront ci-après établies (5). Quand, par ses actes, il se place sous l'empire d'une loi, il doit en accepter les charges avec les bénéfices.

512. Il y a peut-être plus de difficulté relativement à l'hypothèque.

Suivant M. Merlin, qui invoque l'autorité de Cujas (6), l'hypothèque est un droit purement civil, parce que ce n'est pas par le droit des gens, qui ne connaît d'autre moyen d'acquérir que l'occupation, que peut être établie la fiction en vertu de laquelle un créancier acquiert des droits réels dans un immeuble dont la possession demeure tout entière dans les mains du débiteur. Néanmoins, il ajoute qu'on ne s'est ja-

(1) Voy. l'exposé des motifs de cette loi, par M. de Serres.

(2) *De la prescription*, n. 20.

(3) *Adversus hostem æterna auctoritas esto*, disait la loi des Douze Tables. « Contre les étrangers le droit d'agir est éternel. »

(4) Voy. cet arrêt dans le *Répert.* de M. Merlin, *loc. cit.*

(5) Voy. *inf*, sect. II, § 1, art. 2.

(6) Sur la loi 2, ff. *De justitiâ et jure.*

mais avisé de contester aux étrangers le droit d'acquérir hypothèque sur des biens situés en France, en observant toutes les formalités prescrites par les lois françaises, alors même qu'ils ne se trouvaient ni dans les conditions de domicile ni dans les conditions de réciprocité (1).

M. Troplong (2) arrive à la même conclusion par une route opposée. Il considère l'hypothèque comme un contrat du droit des gens, et c'est pour cela qu'il en ouvre l'accès à l'étranger.

Si l'hypothèque était du droit civil, comme le prétend M. Merlin, il en résulterait que l'étranger non admis à la jouissance des droits civils ne pourrait prétendre à une hypothèque. Le savant procureur général tire donc de ses prémisses une conclusion contraire à celle qui en découlait naturellement. Cette contradiction s'explique : M. Merlin trouvait l'art. 11 du Code civil inexact et incomplet ; il voyait bien que cet article était restrictif des droits de l'étranger; mais comme il ne définit ni ne détermine quels sont les droits civils dont l'étranger ne peut avoir l'exercice que dans le cas de réciprocité diplomatique, son esprit exact, attaché aux textes et peu porté à chercher dans la partie philosophique du droit les raisons de décider que ne lui fournissait pas la lettre de la loi, se jetait dans des considérations plus ou moins arbitraires, et, faute de mieux, se rattachait au fait pour expliquer le droit. Et comme il reconnaissait qu'on ne s'était jamais avisé de contester aux étrangers le droit d'acquérir hypothèque sur des immeubles situés en France, il en concluait que l'art. 11 n'avait pu vouloir leur enlever ce droit, et que le Code civil n'avait fait à cet égard que confirmer l'ancienne jurisprudence, en s'abstenant de toute distinction entre les Français et les étrangers dans les matières hypothécaires.

Mais on peut trouver, pour le droit de l'étranger, une base plus solide que ces considérations; et je crois, avec

(1) *Répert.*, v° *Étranger*, § 1, n. 6.
(2) *Des hypothèques*, n. 392 et 392 *bis*.

M. Troplong, que l'étranger peut acquérir hypothèque, parce que l'hypothèque est une institution, non du droit civil, mais du droit des gens.

Le contrat par lequel on s'oblige à faire ou à donner une chose est un contrat du droit des gens. Celui qui a acheté est obligé, par le droit naturel ou le droit des gens, à payer le prix; celui qui a emprunté une somme est obligé de même à la rendre. Le droit civil a pu tracer des règles qui déterminent l'effet de cette obligation et en assurent l'exécution ; mais l'obligation est certaine, indépendamment de ces règles qui la modifient et qui ne la créent pas. Conséquemment, le gage que donne un débiteur à son créancier, constitue assurément un contrat du droit des gens, parce qu'une loi écrite n'est pas plus nécessaire pour qu'un gage puisse être donné par le débiteur et accepté par le créancier, qu'une loi écrite n'a été nécessaire pour créer l'obligation à l'exécution de laquelle est tenu ce créancier. La loi civile aura pu sans doute déterminer les formes suivant lesquelles ce gage sera donné (1); les droits du gagiste sur la chose, dans le cas où le débiteur ne satisfait pas à son obligation (2); mais le gage en lui-même n'en sera pas moins fondé sur une convention dont le droit de l'homme sur les choses qui lui appartiennent assure la validité.

Si ces principes sont vrais, si la dation d'une chose en gage est autorisée par le droit des gens, il est évident que l'étranger doit jouir de cette faculté, soit qu'il s'agisse de la dation d'une chose mobilière, ou d'un gage proprement dit, soit que le gage ait pour objet une chose immobilière, parce que le contrat ne change pas de nature suivant l'objet auquel il s'applique. Sans doute, l'étranger qui voudra obtenir hypothèque en France devra la stipuler par acte authentique, et la rendre publique par l'inscription (3) ; mais peu importe que la forme de l'hypothèque ait été réglée par la loi civile: le fond du droit reste le même; et comme on ne refuse

(1) C. civ., 2074 et suiv.
(2) *Ibid.*, 2078 et suiv.
(3) *Ibid.*, 2127.

pas à l'étranger la capacité de contracter en France par acte authentique, ou de faire les déclarations voulues pour l'inscription d'une hypothèque, il faut en conclure qu'il n'y a aucune raison pour qu'il soit incapable de l'acquérir (1).

Si l'étranger est capable d'acquérir une hypothèque conventionnelle, il est, par suite, capable d'acquérir une hypothèque judiciaire. Le droit d'ester en jugement entraîne avec lui le droit de profiter de toutes les conséquences légales que la loi attribue aux jugements rendus en France.

Mais il faut remarquer que ce qui précède n'est absolument vrai que lorsque l'hypothèque, soit conventionnelle, soit judiciaire, résulte d'un acte ou d'un jugement passé ou rendu en France. Quant à celle qui résulte de jugements ou d'actes étrangers, elle est soumise à des règles spéciales que nous exposerons ultérieurement (2).

513. Quant à la question de savoir si, dans le cas d'une tutelle déférée en France sur un mineur étranger, ou du mariage contracté en France par une femme étrangère, le mineur ou la femme mariée ont hypothèque légale sur les biens du tuteur ou du mari (3); comme elle se rattache à la distinction des statuts réel et personnel, et qu'elle touche à une autre question fort délicate, de savoir si une tutelle déférée en pays étranger, ou un mariage contracté aussi en pays étranger, produisent en France hypothèque légale, nous la réserverons pour le moment où viendra l'examen de cette dernière question (4).

514. Nous terminerons sur ce point en faisant observer que l'étranger capable d'acquérir hypothèque est, par la même raison, capable d'acquérir un privilége, qui n'est qu'une hypothèque privilégiée.

515. Enfin ajoutons, pour mémoire, que, d'après l'art. 905 du Code de procédure, les étrangers ne sont pas admis au bé-

(1) En Grèce, les étrangers ne sont admis à faire inscrire une hypothèque qu'en prouvant leur identité. Loi hypothécaire, art. 60. — On peut voir cette loi dans la *Revue étrangère de législation*, t. IV, p. 139 et 264.

(2) Voy. *inf.*, sect. V.

(3) C. civ., 2121.

(4) Voy. *inf.*, sect. V.

néfice de cession des biens : disposition qui a perdu une grande partie de son intérêt depuis que le nouvel article 541 du Code de commerce a exclu de ce bénéfice tous les débiteurs commerçants, faillis ou non faillis.

516. Je passe à un autre ordre d'idées, aux droits fondés sur la propriété littéraire, artistique ou industrielle.

On sait la divergence qui existe entre ceux qui se sont occupés de la propriété littéraire, sur le point de savoir si le droit auquel on donne cette qualification est une propriété naturelle et proprement dite, ou simplement une concession de la loi et un privilége dont la société s'est plu à gratifier ceux dont les travaux augmentent la somme de ses lumières et de ses jouissances. J'examinerai cette question en son lieu (1): ici je me borne à la trancher plutôt qu'à la résoudre, et à énoncer l'opinion dont la justification viendra plus tard : l'homme a sur les produits de son intelligence un droit fondé sur la nature même des choses, antérieur à tout établissement législatif et indépendant de toute concession.

Il suit de là que la propriété littéraire, artistique et industrielle constitue un droit naturel, et non pas un droit civil : l'étranger doit être admis à jouir de ce droit, lors même qu'il n'est pas admis à la jouissance des droits civils et sans condition de réciprocité.

C'est à la France que revient l'honneur d'avoir la première législativement proclamé cette vérité par le décret du 28 mars 1852 qui interdit la contrefaçon en France des ouvrages publiés à l'étranger ; qui punit cette contrefaçon des mêmes peines que celles des ouvrages publiés en France, et qui, sans exiger de réciprocité, ne soumet les ouvrages publiés à l'étranger qu'aux conditions imposées aux ouvrages publiés en France, par l'art. 6 de la loi du 19 juillet 1793 (2).

Au surplus même, avant ce décret, la jurisprudence et la doctrine fondées sur une saine interprétation du décret du 5 février 1810 avaient toujours admis que la propriété littéraire existait, en France, au profit des auteurs étrangers pour leurs

(1) Voy. *inf.*, liv. IV.

(2) Voy. Cass., 11 août 1862, S., 63, 1, 30.

ouvrages publiés en France. En effet, si la loi du 19 juillet 1793, en organisant la propriété littéraire, avait gardé le silence sur le droit des auteurs étrangers, cette omission avait été réparée par le décret du 5 février 1810, dont l'art. 40 accordant aux auteurs, soit nationaux, soit *étrangers*, de tout ouvrage imprimé ou gravé, la faculté de céder leur droit à un imprimeur, ou à toute autre personne qui leur était alors substituée, reconnaissait par cela même aux étrangers le droit qu'ils étaient autorisés à céder (1). Mais on décidait également que ces lois ne reconnaissaient pas le droit de propriété des auteurs étrangers sur leurs ouvrages publiés en pays étranger (2); et c'est cette lacune qui a été comblée par le décret du 28 mars 1852 (3).

Ce décret a porté ses fruits. La France, qui avant 1852 n'avait pu parvenir à faire des conventions internationales sur la propriété littéraire qu'avec quatre États, a traité aujourd'hui avec un très-grand nombre : résultat incontestable du désintéressement dont elle a été la première à donner l'exemple (4).

517. Il est à remarquer d'ailleurs que le décret du 28 mars 1852, qui interdit la contrefaçon en France des ouvrages publiés en pays étranger, ne s'applique pas à la représentation des œuvres théâtrales déjà représentées à l'étranger qui peut toujours avoir lieu en France sans l'autorisation et contre la

(1) Voy. Cass., 20 août 1852 (S., 53, 1, 234); et MM. Merlin, quest. v° *Propriété littéraire*, § 2; Pardessus, *Droit commerc.*, t. I, n. 3; Renouard, *Des droits d'auteur*, t. II, p. 206; Gastambide, *De la contrefaçon*, n. 35; Goujet et Merger, *Dictionn. du droit commerc.*, v° *Propriété littéraire*, n. 107.

(2) Cass., 20 nivôse an XIII (S., Coll. nouv., 2, 1, 53), et Paris, 26 nov. 1828 (S., 9, 2, 159).

(3) Il a été jugé que le décret du 28 mars 1852 s'applique même aux ouvrages d'auteurs étrangers publiés en France par des tiers antérieurement à cette loi : ces tiers peuvent sans doute vendre les éditions antérieures à ce décret, mais ils ne peuvent en faire de nouvelles. Voy. Paris, 8 déc. 1853 (S., 9, 2, 109).

(4) Voy. sur les différentes conventions internationales, leur sens, leur nature, les droits et les obligations qu'elles comportent, une circulaire du ministre de l'intérieur du 1er septembre 1859 (S., *Lois annotées* de 1859, p. 96). — Voy. aussi le *Code international de la propriété industrielle et littéraire*, par MM. Pataille et Huguet, et l'ouvrage de M. Calmels sur la *Propriété des œuvres de l'intelligence*. — M. Calvo, t. I, § 620, donne l'énumération de toutes les conventions internationales relatives à la propriété littéraire.

volonté de leur auteur. Le décret de 1852 qui a eu pour but de déroger à un état de choses préexistant, qui est une innovation et une modification de la législation antérieure, doit être renfermé dans ses termes, et ne peut dès lors être étendu à la représentation des œuvres théâtrales, quand il ne parle que de contrefaçon et de publication et quand il se réfère à des articles du Code pénal qui n'ont en vue que des ouvrages édités par l'impression, la gravure et autres moyens analogues, et non la représentation des œuvres dramatiques (1).

518. Quant à la propriété industrielle, qui a pour objet les inventions, les découvertes et les procédés nouveaux dans les arts et l'industrie, elle se trouve vis-à-vis des étrangers dans une position qui, tout en présentant des analogies avec la propriété littéraire, offre aussi des dissemblances notables. Cette propriété est garantie en France par les brevets d'invention et les marques de fabrique. Je m'occuperai d'abord des brevets d'invention.

Le brevet d'invention est un acte par lequel l'autorité publique garantit à celui qui se prétend l'auteur d'une découverte ou d'une invention nouvelle, le droit privatif de faire usage de cette découverte pendant un temps déterminé. Ce droit privatif n'existe que lorsqu'il est fondé sur un brevet. Sans vouloir entrer ici dans des explications prématurées sur la nature des droits des inventeurs aux produits de leurs inventions (2), il suffira de poser comme principe reconnu, et dont la démonstration viendra plus tard, que si, d'une part, l'homme a un droit de propriété naturelle sur l'œuvre de son intelligence, et conséquemment sur les inventions et les découvertes qui créent de nouveaux produits ou de nouveaux procédés ; d'autre part, ce droit a besoin d'être constaté par un titre qui, en établissant le fait et la date de l'invention, donne le moyen de prononcer entre les prétentions opposées

(1) Cass., 14 déc. 1857 (S., 1888, 1, 145) ; MM. Rendu et Delorme, *Droit industriel*, n. 855 ; Calmels, *Propriété des œuvres de l'intelligence*, n. 407. En sens contraire, voy. MM. Lacan et Paulmier, *Législ. des théâtres*, t. II, n. 677 ; et M. Demangeat, *Revue pratique*, t. II, p. 241.

(2) Voy. *inf.*, liv. IV.

de ceux qui aspireraient à l'honneur ou au profit de la même découverte. Si donc l'inventeur a un droit naturel à l'exercice exclusif de son invention, ce droit ne peut utilement s'exercer sans l'intermédiaire de la loi, qui lui donne un point de départ et le met en action.

Il suit de là que l'étranger, bien qu'il ne soit pas admis à jouir des droits civils, peut demander et obtenir en France un brevet d'invention qui produira à son profit les mêmes effets qu'au profit des nationaux (1).

Mais il suit de là aussi que l'étranger non breveté en France ne peut y prétendre à aucun droit, alors même qu'il aurait été breveté en pays étranger, parce qu'il est nécessairement astreint, pour constater son droit et prendre date, aux mêmes obligations que les nationaux. Mais il peut alors se faire pourvoir en France d'un nouveau brevet (2).

Le Français breveté à l'étranger est à cet égard dans la même position que l'étranger : il doit, comme lui, se faire breveter en France s'il veut s'y réserver l'exercice exclusif de son industrie.

Rien ne s'oppose au surplus à ce que le Français breveté en France aille se faire breveter à l'étranger, pour y assurer la conservation de ses droits (3).

519. Les règles qui viennent d'être tracées sur les brevets d'invention, s'appliquent aussi aux *dessins de fabrique* (4). Les étrangers peuvent en acquérir la propriété en France en se conformant aux conditions imposées aux Français; mais ils ne peuvent, réciproquement, se prévaloir de la propriété qu'ils n'auraient acquise qu'en pays étranger.

(1) Loi du 5 juillet 1844, art. 27. — Voy. aussi M. Merlin, *Répert.*, v° *Étrangers*, § 1, n. 8.

(2) L. 7 janvier 1791, tit. II, art. 9 ; L. 5 juill. 1844, art. 27.

(3) Voy. l'état des législations étrangères sur les brevets d'invention, dans les ouvrages précités de M. Calmels, et de MM. Pataille et Huguet. Voy. aussi une instruction ministérielle du 12 octobre 1837, § 124 ; *Rev. étrang. de lég.*, t. VI, p. 844 ; un article de M. Rumpf, ancien conseiller de régence à Berlin, dans la même *Revue*, t. IV, p. 198 ; et un article de M. Wolowski, sur les *Brevets d'invention en Allemamagne*, dans la *Revue de Législation*, t. XV, p. 405. Voy. surtout p. 411.

(4) Voy. *inf.*, liv. IV.

520. Les *marques de fabrique* sont d'une autre nature que les brevets d'invention ; elles n'ont pas pour objet, comme nous le verrons plus tard (1), soit qu'elles consistent dans un signe, dans une forme, ou dans un nom, d'assurer à l'industriel un droit exclusif à la fabrication de certains produits, mais de faire reconnaître les produits qu'il a fabriqués et de les distinguer des autres de même nature.

Les droits des étrangers, quant aux marques de fabrique, sont déterminés par les art. 5 et 6 de la loi du 23 juin 1857. D'après l'art. 5, les étrangers qui possèdent en France des établissements d'industrie ou de commerce, jouissent pour les produits de leurs établissements du droit de revendiquer la propriété exclusive de leurs marques, en remplissant les formalités prescrites aux nationaux. Il n'est pas nécessaire qu'ils soient de plus admis à jouir en France des droits civils.

Quant aux étrangers et même quant aux Français dont les établissements sont situés hors de France, ils ne peuvent, aux termes de l'art. 6 de cette loi, revendiquer en France la propriété exclusive de leurs marques que si dans les pays où leurs établissements sont situés, des conventions diplomatiques ont établi la réciprocité pour les marques françaises.

Avant la loi du 23 juin 1857 et en l'absence de prescriptions légales qui servissent de règle, deux opinions se trouvaient en présence : l'une qui n'admettait les étrangers à la propriété de leurs marques de fabrique, qu'autant qu'ils étaient admis à jouir des droits civils en France (2) ; l'autre qui attribuait aux étrangers les mêmes droits qu'aux Français à la seule condition d'accomplir les obligations imposées aux Français eux-mêmes (3). La loi a pris un moyen terme

(1) Voy. *inf.*, liv. IV.

(2) Cass., 12 juill. 1848 (Dev., 48, 1, 417 ; Bordeaux, 30 juin 1858 (Dev., 53, 2, 714) ; Cass., 12 avril 1854 (Dev., 55, 1, 827) ; et 16 nov. 1857 (Dev., 58, 1, 199).

(3) C'est l'opinion que j'ai soutenue l'un des premiers dans la *Revue de législation*, t. XXI, p. 285. Voy. aussi Fœlix, n. 607 ; MM. Goujet et Merger, *Dictionn. du droit comm.*, v° *Nom.*, n. 46 ; M. Hello, *Revue de législ.*, t. XXIII, p. 40.

entre ces deux opinions, en n'exigeant pas que les étrangers qui revendiquent le droit à une marque fussent admis à jouir des droits civils en France; mais en ne reconnaissant ce droit qu'à ceux qui ont en France des établissements d'industrie ou de commerce, sauf, bien entendu, le cas où il existerait un traité entre la France et la nation à laquelle appartient cet étranger (1).

L'article 19 de la loi du 23 juin 1857 prohibe même à l'entrée et exclut du transit et de l'entrepôt les produits étrangers portant soit la marque, soit le nom d'un fabricant résidant en France, soit l'indication du nom ou du lieu d'une fabrique française. Mais il a été jugé que cette prohibition n'est pas applicable au cas des marchandises introduites du consentement d'un négociant français qui y a fait apposer sa marque (2).

Je reviendrai, quand je m'occuperai de la propriété industrielle en général, sur les conditions principales de son exercice.

§ II. — *Devoirs des étrangers.* — *Répression.*

Sommaire. — 521. Les lois de police et de sûreté obligent tous les étrangers qui habitent le territoire, sans distinction de celles qui protégent les Français ou les étrangers, l'ordre public ou les intérêts particuliers. — 522. Il n'y a pas non plus de distinction à faire entre les étrangers résidents et domiciliés en France, et ceux qui n'y sont que passagèrement. — 523. Lois de douanes. — 524. Crimes commis en pays étranger, par un étranger ou par un Français. — 525. Distinction entre les crimes simples et les crimes complexes. Application de la distinction aux cas de contrebande, de faillite et de banqueroute. — 526. Des crimes ou délits commis en pleine mer. — 527. Dans les ports, rades ou dans la mer littorale. Distinctions. — 528. Piraterie. Prises en temps de paix. Traite des noirs. — 529. Extradition. — 530. Expulsion des étrangers. — 531. Forme de procéder contre les étrangers devant les tribunaux français. Renvoi.

521. Tout droit suppose un devoir corrélatif. Si les étrangers sont admis en France, s'ils y ont des droits, s'ils y vivent sous la protection des lois, c'est à la charge de respecter ces lois et de leur obéir. Il y a sur ce point un contrat tacite

(1) Voy. le traité du 18 mars 1860 avec l'Angleterre.
(2) Cass., 9 avril 1864. S., 64, 1, 245.

entre le souverain qui ouvre à l'étranger l'accès de son territoire, et l'étranger qui vient se placer sous la juridiction de ce souverain, dont il est alors le sujet temporaire pour tout ce qui regarde l'ordre intérieur de l'État (1).

De là cette règle de notre droit civil, qui est en même temps une règle du droit public de l'Europe, que les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire (2).

De l'obligation des étrangers d'observer les lois de police et de sûreté, résulte pour l'autorité publique le droit de les y contraindre, et conséquemment de les punir s'ils les enfreignent. « *Cum peregrini*, dit Wolf, *quando in territorio alieno versantur subsint legibus loci, si in territorio delinquant juxta leges loci puniendi* (3). »

Il n'y a même pas lieu de distinguer sur ce point entre les délits commis contre des étrangers et ceux qui seraient commis contre des nationaux ; d'une part, parce que la protection de la loi française s'étend sur les uns comme sur les autres ; ensuite parce que, dans un cas comme dans l'autre, le délinquant trouble également l'ordre public, en violant la loi qu'il avait pris l'engagement d'observer (4).

Peu importerait même que le délit fût commis par un étranger au préjudice d'un autre étranger, qui ne se trouverait plus dans le pays pour porter plainte ou réclamer : l'action de l'autorité française ne serait pas pour cela paralysée, et la justice devrait avoir son cours (5).

(1) *Qui in alio loco contrahit*, dit Grotius, lib. II, cap. XI, § 5, n. 2, *tanquam subditus temporarius legibus loci subjicitur. — Sicche la dimora degli stranieri quale che fosse nel territorio altrui, gli rende, quanto è alle leggi di sicurezza pubblica, sudditi temporanei* (Rocco, *Dell' uso delle legge delle due Sicilie*, p. 161). Vattel, *Droit des gens*, liv. II, ch. VIII, § 101 ; Martens, § 99 ; Kluber, § 62 ; Heffter, § 36.

(2) Code civ., art. 3. — « Les lois pénales et les règlements de police obligent tous ceux qui se trouvent sur le territoire du royaume » (Loi hollandaise du 13 mai 1829, art. 8). — *Le leggi obbligono tutti coloro che dimorano nel territorio del regno, sieno cittadini, sieno stranieri, domiciliati, o di passagio.* (Loi des Deux-Siciles, art. 5.)

(3) *Inst. jur. nat. et gent.*, p. 1132. — L. 28, ff. *De pœnis.*

(4) *Hinc etiam sequitur ut peregrinus puniatur ob injurias civi, vel peregrino alio illatas.* (Wolff. *ibid.*) — Voy. aussi Rocco, *loc. cit.*, p. 165.

(5) M. Tittmann (*De la justice criminelle*, § 15) soutient au contraire que

Cependant, comme il y a certains délits qui intéressent moins l'ordre public que les personnes, on comprend que si l'individu lésé, français ou étranger, ne se plaignait pas, il n'y aurait pas obligation pour le ministère public de poursuivre d'office l'étranger. Le droit est alors simplement facultatif (1).

522. Il n'y a pas lieu de distinguer non plus entre les étrangers résidant en France ou admis à y fixer leur domicile, et ceux qui n'y sont que passagèrement (2): celui qui est resté assez longtemps en France pour avoir le temps d'en violer les lois, y est resté assez longtemps pour en devenir justiciable.

Ainsi, les étrangers qui se trouvent passagèrement dans les ports ou rades de la domination française, sont tenus d'observer les règlements locaux sur la police de la navigation, et ne seraient même pas excusables sous prétexte d'ignorance (3). C'est à celui qui va, même momentanément, dans un pays, à s'instruire des lois dont il sait que l'observation lui sera momentanément imposée.

Cependant, celui qui se trouve depuis peu de temps dans un lieu peut, en certains cas, être excusable d'en ignorer les règlements et les usages. Boullenois raconte (4) qu'il se trouvait un jour à l'audience de police tenue par M. d'Argenson, vers l'an 1726. Un Vénitien avait été cité devant lui pour avoir donné à jouer à des jeux défendus. M. d'Argenson lui demanda depuis quel temps il demeurait dans le royaume; et le Vénitien lui ayant répondu qu'il y avait six mois, il lui dit: *Vous devez savoir que les étrangers n'ont que six semaines pour apprendre les règlements de police;* et il le condamna à une amende, mais fort légère. — C'est précisément par rapport à ces sortes de règlements, ajoute Boullenois, qu'il a été dit: *Intrasti urbem, ambula juxta ritum ejus.* On est donc présumé les connaître après une

la loi locale est impuissante contre un étranger qui a commis un délit, tel qu'une escroquerie, contre un étranger absent, et qui ne se plaint pas. — Cette opinion a été réfutée par M. Abegg (*Des crimes et délits commis en pays étranger*, §§ 23 et 24). — Cités l'un et l'autre par M. Fœlix, *Droit internat.*, § 573, note 1 (édit. Demangeat).

(1) Martens, § 100; M. Fœlix, *ibid.*

(2) M. Duranton, t. I, n. 77.

(3) M. Pardessus, n. 635.

(4) *De la personnalité des lois*, t. I, p. 260.

résidence plus ou moins prolongée : *Præsumptio scientiæ proveniens ex habitatione et morâ diurnâ factâ in loco ignorantiam excludit* (1). Mais il est manifeste que l'appréciation du temps requis pour qu'un étranger ne puisse plus prétexter cause d'ignorance est abandonnée à la discrétion et aux lumières du juge. *Præsumitur autem sciens ex longâ conversatione in eodem loco, quod est in arbitrio judicis*, dit Dumoulin (2).

523. Les étrangers sont également tenus d'observer les règlements de douanes, et deviennent, lorsqu'ils les enfreignent, passibles des peines prononcées par les lois répressives de la fraude et de la contrebande (3).

524. En général, les crimes et délits commis par un étranger ne peuvent être poursuivis devant les tribunaux français que lorsqu'ils ont été commis en France. S'ils ont été commis en pays étranger, même contre un Français, ils échappent à la juridiction nationale. Envisagée d'un point de vue philosophique et sous le rapport de la théorie pure, la question peut faire difficulté. Car s'il est vrai que les lois répressives reçues dans un État ne peuvent avoir d'autorité hors de cet État, cependant, lorsqu'un étranger s'est rendu coupable en pays étranger d'un crime qui viole les principes mêmes sur lesquels est fondée la société, qui porte atteinte aux personnes et aux propriétés, ne semble-t-il pas qu'en réprimant cet attentat et en punissant le coupable trouvé en France, les tribunaux ne feraient que remplir un devoir social qui rentre dans les limites de leur compétence naturelle (4) ? Mais notre législation est formelle sur ce point. L'art. 7 du Code d'instruction criminelle (5) n'autorise les tribunaux français à poursuivre un étranger pour un fait commis, soit comme complice, soit comme auteur principal, hors du territoire français, que

(1) Marcardus, *De stat. interpret.*, concl. 6, n. 144.

(2) *De statutis*.

(3) Voy. *supr.*, n. 116.

(4) Voy. Martens, § 100 ; Pinheiro Ferreira sur Martens, note 48 ; Fœlix, n. 548 et suiv. ; Ortolan, *Droit pénal*, p. 362 et suiv. On peut voir dans le rapport du président Bonjean au sénat sur la loi du 27 juin 1866, une très-éloquente protestation contre l'impunité qui protége la plupart des crimes commis en pays étranger par un étranger contre les Français.

(5) Loi du 27 juin 1866.

lorsqu'il s'agit d'un crime attentatoire à la sûreté de l'État, de contrefaction du sceau de l'État, de monnaies nationales ayant cours, de papiers nationaux et de billets de banques autorisées par la loi; pourvu toutefois que cet étranger soit arrêté en France ou que le gouvernement obtienne son extradition (1).

Avant la loi du 27 juin 1866, qui a modifié les articles 5, 6 et 7 du Code d'instruction criminelle, le Français ne pouvait, aux termes de l'ancien article 5, être poursuivi en France à raison des crimes qu'il avait commis en pays étrangers, qu'autant qu'il s'agissait des crimes qui viennent d'être énumérés et qui autorisent les mêmes poursuites contre un étranger; et aux termes de son art. 7, qu'autant qu'il s'agissait d'un crime commis contre un Français, si, au retour du coupable, le Français offensé portait plainte.

Il est même à remarquer que l'art. 7 du Code d'instruction criminelle ne parlait que de crimes, et que la disposition qui détermine d'une manière restrictive la compétence en matière pénale des tribunaux français ne pouvant être étendue, le Français qui s'était rendu coupable en pays étranger d'un délit contre un autre Français ne pouvait être poursuivi après son retour en France à raison de ce délit (2).

De plus la poursuite, en France, du Français qui s'était rendu coupable d'un crime contre un Français en pays étran-

(1) Jugé que la condamnation prononcée en pays étranger contre un étranger, à raison d'un crime commis en France envers un Français, ne met pas obstacle à ce que cet étranger soit également poursuivi en France pour le même fait. Cass., 21 mars 1862, S., 62, 1, 541; D., 62, 1, 146... — Surtout si ce fait a reçu, de la part des juges étrangers, une qualification autre que celle qui devrait lui être attribuée d'après la loi française. Metz, 19 juill. 1859 (S., 59, 2, 641). — Il en est de même, sous l'empire de la loi du 27 juin 1866. — Voy. le rapport de M. le conseiller Salneuve sur l'arrêt du 23 nov. 1866. D., 67, 1, 235. Voy. cependant un arrêt de la Cour d'assises des Pyrénées-Orientales du 18 juillet 1870, S., 70, 2, 153.

(2) Cass., 26 septembre 1839 (S., 40, 1, 64), et 31 août 1855 (S., 55, 1, 753; Mangin, *Act. publ.*, t. I. n. 69; Hélie, *Instr. crim.*, t. II, p. 615; Morin, *Répert.*, v° *Compétence*, n. 26; Ortolan, p. 376; Fœlix, n. 550; et Demangeat sur Fœlix, *ibid.* — *Contrà*, Paris, 12 juill. 1839 (S., 40, 2, 73); Legraverend et Duvergier, *Législat. crim.*, t. I, p 98.; Pont, *Rev. crit.*, t. VIII, p. 401 et suiv.

ger n'était autorisée qu'au cas de retour volontaire et spontané en France, et elle ne l'était pas lorsque le coupable avait été extradé ou livré par les autorités étrangères : le rapprochement des textes des anciens articles 6 et 7 du Code d'instruction criminelle ne laissent aucun doute à cet égard (1).

Aujourd'hui la situation du Français est régie par les articles 5 et 6 du Code d'instruction criminelle modifiés par la loi du 27 juin 1866. Aux termes de l'article 5, « tout Français qui, hors du territoire de la France, s'est rendu coupable d'un crime puni par la loi française, peut être poursuivi et jugé en France. — Tout Français qui, hors du territoire de la France, s'est rendu coupable d'un fait qualifié délit par la loi française, peut être poursuivi et jugé en France, si le fait est puni par la législation du pays où il a été commis. — Toutefois, qu'il s'agisse d'un crime ou d'un délit, aucune poursuite n'a lieu si l'inculpé prouve qu'il a été jugé définitivement à l'étranger. — En cas de délit commis contre un particulier français ou étranger, la poursuite ne peut être intentée qu'à la requête du ministère public; elle doit être précédée d'une plainte de la partie offensée ou d'une dénonciation officielle à l'autorité française par l'autorité du pays où le délit a été commis. — Aucune poursuite n'a lieu avant le retour de l'inculpé en France, si ce n'est pour les crimes énoncés en l'article 7. » — L'article 6 ajoute que « la poursuite est intentée à la requête du ministère public du lieu où réside le prévenu ou du lieu où il peut être trouvé. »

Il faut d'ailleurs remarquer qu'aujourd'hui comme sous l'empire des anciennes dispositions du Code d'instruction criminelle, si la plainte du Français offensé est nécessaire pour saisir la juridiction française, il n'est pas nécessaire, pour que cette juridiction reste saisie, que l'offensé persiste dans sa plainte. Le désistement donné par le Français lésé par un crime commis à l'étranger, de la plainte qui avait autorisé

(1) Cass., 5 fév. 1857 (S., 57, 1, 220); Lagraverend, t. I, p. 96; Mangin, *Act. publ.*, t. I, n. 70; Hélie, t. I, p. 619; *Contrà*, Cour d'assises de la Seine, 20 mars 1846 (S., 47, 1, 315).

la poursuite, n'en laisse pas moins persister l'action publique légalement exercée à la suite de cette plainte (1).

Ajoutons que le Français qui, ayant commis à l'étranger un crime puni par la loi française, est depuis rentré en France, peut régulièrement y être poursuivi à raison de ce crime, encore que son séjour en France ne se soit pas prolongé jusqu'au jour où l'instruction a été requise. La loi française a saisi le Français à son retour et l'a placé dans la même situation que si le crime avait été commis en France : et cette situation ne peut être changée parce qu'ensuite il aura quitté la France avant toutes poursuites (2).

Enfin, aujourd'hui comme autrefois, la connexité entre un crime commis en France et un autre crime commis en pays étranger ne confère pas compétence aux tribunaux français à l'égard de ce dernier crime, s'il ne rentre pas dans l'énumération que contient l'article 7 du Code d'instruction criminelle (3).

525. Les modifications apportées par la loi du 27 juin 1866 aux dispositions du Code d'instruction criminelle enlèvent une grande partie de son intérêt à une distinction qui était faite, pour déterminer la compétence des tribunaux français, entre les crimes *simples,* c'est-à-dire qui se composent d'un fait unique ou principal, et ceux qu'on peut appeler crimes *complexes*, c'est-à-dire qui se composent de plusieurs faits successifs accomplis sur différents territoires. Aujourd'hui comme autrefois, les tribunaux français sont toujours compétents pour connaître des crimes ou délits commencés sur le territoire français et consommés sur un territoire étranger, ou réciproquement (4), encore bien qu'en eux-mêmes et accomplis en entier en pays étranger, ils dussent échapper à la compétence des tribunaux français. C'est ainsi qu'il

(1) Paris, 17 juin 1870, D., 70. 2. 177.

(2) Cour d'assises de la Seine, 20 mars 1846 (S., 47. 1. 315); et Cass., 5 oct. 1852 (S., 52. 1. 684); Hélie, t. I, p. 624; *Contrà*, Mangin, t. I, n. 70.

(3) Paris, 8 fév. 1856 (S., 56. 2. 278).

(4) Voy. M. Merlin, *Répert.*, vº *Contrebande*, n. 4; M. Mangin, *De l'action publique*, n. 72.

a été jugé par la Cour de cassation, le 21 novembre 1806, que les tribunaux français sont compétents pour connaître des crimes de contrebande avec attroupement et port d'armes, lors même que la tentative d'introduction de la contrebande a seule eu lieu sur le territoire français, et que les faits d'attroupement et de port d'armes qui l'ont suivie ont eu lieu sur le territoire étranger (1).

Cependant l'application de cette distinction n'est pas toujours sans difficulté. Un étranger ayant un établissement de commerce en France, est déclaré en faillite en France. Pourra-t-il y être poursuivi comme banqueroutier à raison des détournements frauduleux commis au préjudice de ses créanciers, lorsque ces faits se sont accomplis en pays étranger? Je ne le crois pas. La banqueroute suppose sans doute la faillite, et elle lui est connexe, en ce sens que les faits qui la constituent, considérés en eux-mêmes et abstraction faite de l'état de faillite, quoique contraires à la probité ou la morale, pourraient ne pas tomber sous l'application d'une loi pénale. Mais il ne faut pas conclure de là que les tribunaux français, compétents pour connaître de la faillite, puissent également connaître des faits caractéristiques de la banqueroute, alors qu'ils se sont accomplis en pays étranger. Car, si la banqueroute suppose la faillite, la faillite ne suppose pas la banqueroute; et les tribunaux français, auxquels est dévolue la connaissance de la faillite, n'ont pas besoin, pour conduire cette procédure à terme, de s'occuper des faits de banqueroute qui constituent une poursuite distincte. On conçoit que lorsqu'il y a deux délits connexes, et dont la réunion tend à l'accomplissement du même fait coupable, ils puissent se confondre dans la même poursuite, et que les tribunaux français, compétents pour réprimer l'un, soient compétents pour réprimer l'autre. Mais la faillite n'est pas un délit; la banqueroute seule, qui gît dans la fraude commise par le failli, est atteinte par la loi pénale; d'où la conséquence que la compétence des tribunaux civils français sur la faillite

(1) S., coll. nouv., p. 310.

ne produit pas la compétence des tribunaux criminels sur la banqueroute (1).

Supposons maintenant que la faillite ait été déclarée en pays étranger, et les faits de banqueroute accomplis en France : l'étranger pourra-t-il être poursuivi en France comme banqueroutier ? Je le crois. Bien que la faillite n'ait pas été déclarée en France, il suffit qu'elle y soit connue d'une manière certaine (2), pour qu'elle doive caractériser les faits de fraude commis par le failli. La faillite est un fait moral qui n'a pas de lieu déterminé et qui se reproduit partout où le failli a contracté des engagements qu'il n'exécute pas. Les tribunaux français doivent donc réprimer les soustractions frauduleusement commises en France au préjudice des créanciers, par le commerçant étranger qui, déclaré failli dans le lieu de son établissement, hors de France, ne prouverait pas en France qu'il l'a été mal à propos (3).

Cette dernière solution est évidemment, et à plus forte raison, applicable au Français dont la faillite serait déclarée en pays étrangers, et qui aurait commis des détournements frauduleux en France au préjudice de ses créanciers (4). Il y a plus : le Français qui, déclaré en faillite, soit en France, soit en pays étranger, n'aurait commis des détournements frauduleux qu'à l'étranger, pourrait évidemment être poursuivi en France, si ces détournements avaient eu lieu au préjudice de créanciers français, et si, au retour du failli en France, ces créanciers portaient plainte contre lui (5).

526. Pour déterminer l'étendue du pouvoir répressif d'une nation sur les étrangers, il reste à expliquer quand et comment ce pouvoir s'exerce sur les délits commis en mer.

Il y a peu de difficulté en ce qui touche les délits commis en pleine mer, à bord d'un bâtiment qui continue le territoire

(1) Voy. M. Merlin, *Questions de droit*, v° *Faillite*, § 9, n. 2. Voy. aussi Cass., 7 fév. 1857 (S., 57. 1. 220).

(2) Sur l'autorité en France des jugements étrangers déclaratifs d'une faillite, voy. *inf.*, sect. II, § 1, et sect. V.

(3) M. Merlin, *ibid.*

(4) Cass., 1er sept. 1827 (S., coll. nouv., 8. 1. 681 ; S., 27. 1. 497).

(5) Art. 7, Code d'instr. crim.

de la nation à laquelle il appartient, et qui, par sa position dans un lieu affranchi de toute juridiction territoriale, ne relève d'aucune autre autorité que celle du souverain dont il porte le pavillon (1). Le délit commis par un étranger en pleine mer, à bord d'un bâtiment français, est donc de la compétence des tribunaux français. « *Quamvis in mare non sit territorium*, dit Roccus (2), *tamen in eo jurisdictio exercetur.* »

Réciproquement, le crime commis en pleine mer contre un Français, par un étranger, à bord d'un bâtiment étranger, est de la compétence des tribunaux étrangers (3). Il en serait de même du crime commis dans les mêmes circonstances, par un Français contre un Français. Le prévenu ne pourrait être poursuivi en France, qu'autant qu'à son retour le Français lésé porterait plainte, ainsi que nous l'avons vu plus haut (4).

527. Mais la difficulté augmente s'il s'agit d'un crime ou d'un délit commis à bord d'un bâtiment étranger qui, au moment de la perpétration du crime, se trouve, soit dans une mer littorale, soit dans un port ou une rade appartenant à une autre puissance. Ici deux principes se trouvent en conflit : celui qui considère un navire comme étant la continuation du territoire de la nation dont il porte les couleurs ; et celui qui attribue exclusivement juridiction au souverain dans toute l'étendue de son territoire (5). Il est manifeste que, dans ce cas, l'un des deux principes doit céder à l'autre, puisque l'une ou l'autre des deux juridictions ne peut conserver son empire qu'au détriment de la juridiction rivale.

Il faut donc arriver à faire un partage d'autorité qui attri-

(1) Voy. *sup.*, n. 109.

(2) Centur. 2, resp. 3, n. 10.

(3) Bordeaux, 31 janvier 1838 (S., 39. 2. 37). — Voy. aussi, dans l'*Encyclopédie du droit*, mon article *Capitaine*, n. 31.

(4) Voy. *sup.*, n. 524.

(5) *Mare omne quod adjacet territorio terrestri alicujus principis, est de illius jurisdictione, prout suum territorium terrestre... Et super suo mari vel portubus potest princeps jurisdictionem tam civilem quam criminalem exercere.* (Casaregis, disc. 136, n. 1 et 2). — Voy. Vattel, liv. 1, ch. XXIII, § 295 ; Zuarius, *De usu maris*, consil. 1, n. 2.

bue à l'une et à l'autre tout ce qui lui est nécessaire pour le maintien de sa sûreté et de sa souveraineté, et distinguer pour cela entre les crimes ou délits qui troublent l'ordre et la police du lieu dans lequel se trouve le bâtiment étranger, et ceux qui ne portent atteinte qu'à l'ordre intérieur du bâtiment. Les premiers appartiendront à la juridiction territoriale ; les seconds ne seront justiciables que de la nation à laquelle appartient le navire ou le pavillon.

Cette distinction a été suivie dans deux circonstances remarquables. En 1806, deux navires américains, le *Newton* et le *Sully*, étaient mouillés, l'un à Anvers, l'autre à Marseille. Une rixe eut lieu dans le canot du *Newton* entre deux matelots de ce navire ; et le capitaine en second du *Sully* fit une blessure grave à l'un de ses matelots qui lui avait désobéi. Ces faits étant de nature à donner lieu à des poursuites criminelles, un conflit s'éleva entre les autorités françaises et les consuls des États-Unis dans les ports de Marseille et d'Anvers qui prétendaient à une juridiction exclusive sur leurs nationaux. Sur ce conflit, il intervint, le 20 novembre 1806, un avis du conseil d'État qui accueillit la réclamation des consuls et interdit aux tribunaux français la connaissance de ces deux affaires, en considérant que si un vaisseau étranger admis dans un port de l'État est de plein droit soumis aux lois de police qui régissent le lieu où il est reçu (1) ; que si les gens de son équipage sont également justiciables des tribunaux du pays pour les délits qu'ils y commettraient, même à bord, envers des personnes étrangères à l'équipage, il en est autrement des délits qui se commettent à bord du vaisseau étranger de la part d'un homme de son équipage, envers un autre homme du même équipage, parce qu'il s'agit alors de la discipline intérieure du vaisseau dans laquelle l'autorité locale ne doit pas s'ingérer, toutes les fois que son secours n'est pas réclamé, ou que la tranquillité du port n'est pas compromise (2).

(1) Voy. *sup.*, n. 521.
(2) S., coll. nouv., 6. 5. 501.

Une décision semblable a été rendue, en 1837, par le ministre de la justice et le ministre des affaires étrangères, à l'occasion d'un crime d'empoisonnement commis par un homme de l'équipage sur d'autres hommes de l'équipage, à bord du navire suédois *Forsattning*, mouillé dans la Loire en rade de Paimbeuf (1).

Ces solutions sont d'accord, au surplus, avec les art. 19 et 22 de l'ordonnance royale du 29 octobre 1833 sur les devoirs des consuls français à l'étranger. Aux termes de l'art. 19 les consuls doivent exercer la police sur les navires de commerce français dans tous les ports de leur arrondissement, et sur les rades dans lesquelles il ne se trouverait pas de bâtiments de l'État ; et suivant l'art. 22, lorsque des voies de fait, délits ou crimes ont été commis à bord d'un navire français, en rade ou dans le port, par un homme de l'équipage, envers un homme du même équipage ou d'un autre navire français, le consul doit réclamer contre toute tentative que pourrait faire l'autorité locale d'en connaître, hors le cas où, par cet événement, la tranquillité du port serait compromise.

Cependant, cette distinction n'est pas admise par certains auteurs, qui en font une autre entre les bâtiments du commerce et les bâtiments de l'État. Les crimes ou délits commis à bord des premiers appartiennent toujours, suivant eux, à la juridiction locale; tandis que ceux commis à bord des seconds sont de la compétence du souverain auquel ils appartiennent (2). Je ne crois pas que cette opinion doive être suivie. Sans doute les bâtiments de guerre peuvent, à raison de leur destination non commerciale, jouir de certaines immunités dont ne jouissent pas les bâtiments du commerce, parce qu'ils représentent non-seulement le territoire, mais encore l'autorité de l'État dont ils composent la force. Mais ce n'est pas une raison pour refuser aux bâtiments du commerce les immunités qui résul-

(1) Cette affaire est rapportée dans un article de M. Hello sur le *droit de visite*, inséré dans le tome XVII de la *Revue de législation et de jurisprudence*, p. 143.

(2) Kluber, § 55 ; Wheaton, *Éléments de droit international*, t. I, p. 151 ; Casaregis, disc. 136, n. 9 et suiv. — Casaregis étend aux corsaires le privilége qu'il accorde aux bâtiments de guerre.

tent de ce qu'ils sont la représentation du territoire. Que la police locale ait une action plus grande sur les bâtiments de commerce étrangers que sur les bâtiments de guerre, cela se conçoit; mais cette action doit avoir des bornes; et je crois que celles qui lui sont assignées au moyen de la distinction que j'ai précédemment indiquée, sont à la fois justes et modérées, et suffisent à la conservation de tous les droits et de tous les intérêts.

Ces principes et les distinctions qui en résultent ont été consacrés avec une certaine extension, toutefois, par un arrêt de la cour de cassation du 25 fév. 1859, qui juge que les tribunaux français sont compétents pour connaître des crimes et délits commis à bord des bâtiments de commerce étrangers stationnant dans un port français, par des gens de l'équipage entre eux, soit lorsque le fait est de nature à troubler la tranquillité du port, soit lorsque l'intervention de l'autorité locale est réclamée, ou lorsque le fait constitue un crime de droit commun que sa gravité ne permet à aucune nation de laisser impuni; et que leur compétence ne cesse qu'à l'égard des faits relatifs à la discipline ou à l'ordre intérieur du bâtiment (1).

528. Il n'est pas hors de propos de faire remarquer ici relativement aux délits commis en pleine mer, qu'en certains cas la puissance qui les constate a le droit de les poursuivre et de les punir. C'est ce qui a lieu au cas de piraterie. Le bâtiment et les individus qui le montent étant dénationalisés, ne peuvent réclamer aucun privilége de nationalité. La puissance qui a saisi le bâtiment et arrêté l'équipage est dès lors juge de la validité de la prise, et de la culpabilité des individus.

Mais il en est autrement dans le cas où une prise a lieu en temps de paix pour autre cause que pour fait de piraterie; c'est alors le juge du capturé qui doit connaître de la validité de la prise. Ainsi les navires saisis par des croiseurs d'une puissance étrangère, comme prévenus d'avoir fait la traite des noirs, doivent, de même que leurs équipages, être remis par le capteur à la puissance dont ils portent le pavillon, à laquelle

(1) S., 59. 1. 183. — Voy., *ibid.*, le Rapport de M. le conseiller Foucher. Voy. aussi Ortolan, *Droit pénal*, p. 370 et suiv; et Demangeat sur Fœlix, p. 544.

seule il appartient de les juger et de les punir pour avoir contrevenu à ses lois, en se livrant à un trafic qu'elles prohibent (1). Ici cessent d'être applicables les principes qui, en temps de guerre, attribuent au capteur le jugement de la prise, parce qu'en temps de paix, il s'agit d'un jugement proprement dit, et qu'il y a lieu dès lors de suivre la règle générale qui défend de soustraire un accusé à ses juges naturels; tandis qu'en temps de guerre, il n'y a lieu qu'à l'exercice de l'autorité souveraine des belligérants qui sont seuls juges de la légitimité de leurs actes (2).

529. Dans tous les cas où les tribunaux d'un État ont une juridiction criminelle sur les étrangers ou sur les nationaux, l'exercice utile de cette juridiction se trouve interrrompu quand les délinquants se réfugient sur un autre territoire. Alors le juge auquel échappe le prévenu, étant sans autorité au delà des frontières de l'État, ne peut ni l'y saisir, ni l'y atteindre, et se trouverait réduit à prononcer une condamnation sans résultat si l'État dans lequel le prévenu s'est refugié ne venait pas au secours de l'État dans lequel le crime a été commis en mettant à sa disposition l'autorité dont il dispose pour arrêter et livrer l'individu qu'il s'agit de juger et de punir, en d'autres termes, en accordant son extradition.

L'extradition est donc l'acte par lequel un gouvernement livre un individu prévenu d'un crime ou d'un délit commis hors de son territoire, au gouvernement dans le territoire duquel le crime ou le délit a été commis, qui le réclame pour le faire juger et punir.

« Le principe de l'extradition, a dit un homme d'État (3), est le principe de la solidarité, de la sûreté réciproque des gouvernements et des peuples contre l'ubiquité d'un mal. »

Ne pourrait-on pas trouver le principe de l'extradition dans une région plus élevée que celle de l'intérêt réciproque des gouvernements, dans un principe de justice et de morale

(1) Voy. les traités du 30 novembre 1831, art. 7 ; 22 mars 1833, art. 7 ; et 6 juillet 1834, art. 4.

(2) Voy. *sup.*, n. 406 et suiv.

(3) M. Rouher, à la séance du Corps législatif du 4 mars 1866.

universelles qui n'est pas renfermé dans les limites qui séparent les peuples (1), et qui impose à tous les mêmes obligations en donnant à tous les mêmes droits ? Je le crois. Néanmoins il est certain qu'après de longues controverses entre les publicistes sur le point de savoir si l'extradition constitue une obligation du droit des gens, commune à tous les États, ou seulement un simple devoir de courtoisie que des conventions diplomatiques pouvaient seules changer en obligation proprement dite (2), aucune nation ne se considère comme naturellement obligée à extrader les malfaiteurs, et que si toutes se reconnaissent bien le droit d'accorder une extradition selon les circonstances ou leur convenance, il en est quelques-unes qui répugnent à convertir diplomatiquement ce droit en une obligation expresse et formelle, quelle que soit la nécessité, dans l'intérêt général de toutes les nations, d'assurer la répression des crimes et des délits.

Ce serait sortir de mon sujet que d'entrer sur une matière qui ne se rattache au droit commercial par aucun lien particulier, dans des détails qui ne pourraient avoir d'intérêt que s'ils avaient quelque étendue. Je me bornerai à dire que l'extradition des sujets de l'État qui la demande pour un crime commis en pays étranger ne s'accorde presque jamais, à moins qu'il n'y ait traité contraire. Cette extradition est même expressément défendue par les lois de plusieurs États, tels que la Prusse et la Bavière (3). L'extradition d'étrangers qui ont commis un crime chez la puissance à laquelle elle est demandée se refuse aussi presque toujours (4). Mais l'extradition d'un étranger sujet de l'État qui la réclame pour un crime commis chez lui s'accorde plus facilement, soit en vertu de traités, soit même par déférence, et moyennant réciprocité (5).

(1) M. Faustin Hélie, *Instr. crim.*; t. II, p. 661 et suiv.

(2) *Matter of comity, not of rigth*, dit Phillimore, t. I, § 364.

(3) Voy. Martens, § 101; Kluber, § 66, note 6.

(4) Martens, *ibid.*

(5) *Ibid.* Voy. sur l'extradition, *ibid.*; la *note* de M. Ch. Vergé. Voy. aussi sur l'état de la question tant au point de vue de la doctrine qu'au point de vue du droit positif résultant des traités, Calvo, t, I, § 374 et suiv.

Entre différents États d'Allemagne, il existe un droit de suite réciproque qui permet aux autorités d'un État d'aller saisir, sur le territoire de l'autre, le prévenu ou le condamné, sans que son extradition ait été préalablement ordonnée (1).

530. Remarquons en terminant que rien ne s'oppose à ce que le gouvernement, par mesure de police administrative, ordonne l'expulsion d'un étranger dont la présence paraîtrait susceptible de troubler l'ordre et la tranquillité publique. Ce pouvoir, qui résulte du droit qui appartient à chaque État de veiller à sa sûreté et de se protéger lui-même, est positivement accordé à l'autorité supérieure par l'art. 7 de la loi du 28 vendémiaire an XI, aux termes duquel « tous étrangers voyageant dans l'intérieur de la république, ou y résidant sans avoir une mission des puissances neutres ou amies reconnues par le gouvernement français, ou sans y avoir acquis le titre de citoyen, sont mis sous la surveillance spéciale du Directoire exécutif, qui pourra retirer leur passeport et leur enjoindre de sortir du territoire français, s'il juge leur présence susceptible de troubler l'ordre et la tranquillité publique. » Une loi du 3 décembre 1849 autorise également le ministre de l'intérieur et, en certains cas, les préfets à ordonner l'expulsion des étrangers.

Pour que cette expulsion, qui a lieu en vertu du droit de surveillance et de haute police dont l'autorité supérieure est dépositaire, puisse être ordonnée, il n'est pas nécessaire qu'un jugement ait été rendu contre l'étranger. Le droit de l'État n'est soumis à aucune condition ni à aucun contrôle. Son pouvoir est complétement discrétionnaire, et il ne doit compte à personne des motifs qui ont dirigé sa conduite (2).

Il ne faut pas d'ailleurs confondre ce droit général et absolu, avec celui qui a conféré au gouvernement par l'art. 272 du Code pénal, contre l'étranger qui aurait été condamné par jugement comme vagabond. Cet étranger peut alors être con-

(1) Voy., dans le *Traité de droit international* de M. Fœlix, l'indication des États entre lesquels les traités diplomatiques autorisent ce droit de suite, n. 598.

(2) Cons. d'État, 8 déc. 1853 (S., 54. 2. 409).

duit par les ordres du gouvernement hors le territoire de l'empire. Dans le premier cas il s'agit d'un droit surtout politique, et qui s'applique dans toutes les circonstances; dans le second il s'agit d'un droit de simple police, particulier au cas de vagabondage, et dont l'exercice n'implique pas les mêmes motifs d'ordre et de sûreté générale.

Il n'y a donc aucune contrariété entre l'art. 7 de la loi du 28 vendémiaire an XI, et l'art. 272 du Code pénal; d'où il faut conclure que l'un n'a pas été abrogé par l'autre (1).

La loi du 28 vendémiaire an XI n'a pas non plus été abrogée par les lois des 21 avril 1832 et 1er mai 1834 (2), qui autorisent le gouvernement à expulser en certains cas les réfugiés politiques. Ces réfugiés se trouvent vis-à-vis du gouvernement français, qui leur accorde une généreuse hospitalité, et les gouvernements étrangers qui les repoussent, ou ne leur présentent pas des garanties de sûreté, dans une position particulière telle qu'une loi était nécessaire pour régler leurs rapports avec l'autorité publique.

Dans tous les cas, si la loi du 28 vendémiaire an XI faisait défaut, l'autorité serait suffisamment armée par la loi du 3 décembre 1849.

531. Pour compléter les notions qui précèdent, il resterait à expliquer la forme de procéder à l'égard des étrangers, suivant les différents cas qui peuvent se présenter. Mais nous réservons ces questions pour le moment où nous nous occuperons de la procédure à suivre, tant en matière civile qu'en matière criminelle, dans les affaires qui intéressent des étrangers, soit à raison de leurs personnes, soit à raison de leurs biens (3).

SECTION II. — Des actes et des contrats dans leurs rapports avec les lois étrangères.

Sommaire. — 532. Objet de cette section. Différents rapports sous lesquels

(1) MM. Chauveau et Hélie, *Théorie du Code pénal*, t. III, p. 108; et t. V, p. 50.

(2) Ces lois ont été successivement prorogées par les lois ultérieures des 26 avril 1836, 22 juillet 1838, 24 juillet 1839, et 15 juillet 1840.

(3) Voy. *inf.*, sect, IV, § 2.

l'homme est soumis aux lois nationales et étrangères. — 533. Fondement du droit international privé. Règles générales sur l'application des lois d'un État dans un autre. — 534. Causes anciennes et nouvelles de la multiplicité des questions qui naissent du conflit des lois. — 535. Division de la matière.

532. Dans le paragraphe 1[er] de la précédente section, je me suis occupé de la capacité générale de l'étranger dans l'État, en tant qu'étranger. Ici, le supposant capable, comme étranger, des actes qu'il fait, et des contrats dans lesquels il est partie, je me propose d'examiner quelle doit être, sur ces actes et sur ces contrats, l'autorité des lois de la patrie de cet étranger, et celle des lois du lieu dans lequel ils sont passés, ou dans lequel ils doivent être exécutés; quelle loi doit régler leur force obligatoire, déterminer leurs effets, dominer leur exécution ; enfin, de rechercher les principes à l'aide desquels doit se vider le conflit entre les lois de nationalité diverse qui se rencontrent dans l'accomplissement du même fait.

La loi règle la capacité de l'homme et détermine ce qu'il peut faire ; elle gouverne ses biens, leur nature, leur transmission, et les modifications dont ils sont susceptibles ; enfin, elle donne une forme aux actes, et dit comment l'homme doit faire ce qu'il peut faire. L'homme est donc soumis aux lois sous le triple rapport de sa personne, de ses biens et de ses actes (1). Quelle que soit la tendance actuelle de toutes les législations à se simplifier, et à revêtir une certaine apparence d'uniformité, cette uniformité, dont la nature des choses ne permettra probablement jamais la réalisation complète, soit dans les lois commerciales, soit, à plus forte raison, dans les lois purement civiles, n'existe pas encore. Les différentes lois nationales règlent chacune à sa manière l'état des personnes et leur capacité, soit suivant l'âge, le sexe, la qualité; soit suivant la nature des actes. Les lois relatives à la transmission des biens, à leur régime, aux charges dont ils peuvent être grevés, à leur distinction, varient selon les lieux où ces biens

(1) *Homines tribus fere modis summis subjiciuntur potestatibus ; vel ratione personæ suæ, vel ratione rerum, vel denique ratione actuum.* (Hertius, *Dissert. de collisione legum*, sect. IV, p. 4.)

sont situés. Si partout on permet à l'homme de contracter et d'agir, la forme des actes et des contrats, leurs effets, ne sont pas partout les mêmes. Et cependant l'homme, que le mouvement des affaires entraîne sans cesse d'un lieu dans un autre, peut se trouver soumis à ces lois diverses ou contraires. Si les lois de sa patrie ou de son domicile d'origine le saisissent dès sa naissance pour lui imposer des devoirs de citoyen, lui donner un état, ces lois peuvent être en conflit avec celles de son domicile d'élection ou de sa résidence permanente ou passagère. Si l'indivisibilité de sa personne le protége contre l'application de ces lois diverses, la divisibilité de ses biens, que leur situation place à la fois dans différents territoires, le met, sous ce dernier rapport, en présence de lois qui ne sont pas celles de son domicile d'origine ou de sa résidence. S'il contracte ou agit hors de sa patrie, quelle loi doit régler la forme de l'acte ou du contrat ? S'il veut mettre à exécution dans un lieu un acte fait dans un autre, quelle sera la force de cet acte, et à quelle exécution pourra-t-il prétendre? Quelles actions peut-il exercer? à quelles actions est-il soumis?.... Questions aussi difficiles que multipliées, et dont la solution découle des lois qu'il s'agit d'exposer, ou des principes qu'il s'agit de rechercher.

533. Lorsqu'une loi règle la validité et l'effet des actes, soit quant à la capacité des contractants étrangers, soit quant à leur objet, soit quant à leur forme, la difficulté se résout en une question d'interprétation légale ; mais, lorsque la loi se tait ou est insuffisante, il faut recourir aux principes. Ces principes ne sont pas arbitraires : s'il n'est pas permis de prétendre à l'unité de législation, il faut, quand rien ne s'y oppose, la remplacer par l'unité de raison, et se laisser guider alors par les notions de justice et d'équité communes à toutes les nations comme à tous les hommes.

Il n'est donc pas absolument exact de faire dépendre les effets que les lois étrangères peuvent produire dans le territoire d'une nation, uniquement du consentement exprès ou tacite de cette nation (1) ; car si une nation ne peut, par ses

(1) Voy. le développement de ce système, fondé sur l'autorité de M. Story

lois, affecter, lier ou régler le sort des personnes et des choses qui ne se trouvent pas dans son territoire ou qui ne sont pas sous son empire, il n'en est pas moins vrai qu'il y a des règles de raison auxquelles, sans doute, peut déroger la volonté souveraine d'une nation ou de son législateur, mais qui deviennent la loi commune par cela seul qu'il n'y a pas été dérogé. Dans ce cas, ces règles, pour être suivies, n'ont pas besoin d'un consentement exprès ou tacite ; tandis que, pour y déroger, il faut la manifestation expresse d'une volonté contraire.

Mais, d'un autre côté, on courrait risque de rencontrer de nombreux mécomptes et de tomber dans plus d'une erreur, si, dans une matière qui donne lieu à des questions que les tribunaux sont appelés tous les jours à décider par application des lois positives avant de recourir aux lumières de leur conscience ou de leur raison, on voulait rapporter la solution de toutes ces questions à des théories conçues *à priori*, et qui auraient la prétention de dominer la loi. Il faut, en cette matière comme dans toutes celles qui touchent au droit civil, se garder de l'esprit de système et des idées préconçues, dont la pratique ne justifie pas toujours l'utilité.

La question plusieurs fois agitée (1), de savoir si l'application des lois d'un État dans un autre, doit avoir lieu suivant des principes et un système philosophiques absolus, ou d'après les convenances réciproques des différents peuples (2), me semble donc oiseuse, et ne pouvoir être résolue en thèse générale, soit dans un sens, soit dans l'autre. Car chaque nation étant maîtresse chez elle, et pouvant y soumettre les étrangers à telle loi qu'il lui convient, il en résulte que, dans tous les cas prévus par la loi, il ne peut pas être question de théorie philosophique, autrement que pour interpréter la loi, si elle est obscure ou douteuse; et si, au contraire, la loi, qui n'a pu prévoir tous les cas de conflit entre la législation

(*Traité du conflit des lois étrangères et nationales*, Boston, 1841), dans le *Traité de droit international* de M. Fœlix, § 9 et suiv. On y trouve aussi l'indication des auteurs qui ont soutenu un système opposé.

(1) Voy. *ibid.*

(2) *Comitas gentium, reciproca utilitas.*

nationale et les législations étrangères, garde le silence, il faut bien alors se rattacher aux principes généraux de justice, d'équité ou de raison, qui ne font jamais défaut à l'homme lorsqu'il les cherche avec sincérité, indépendance et conviction : principes généraux dont, en certains cas, les lois de la réciprocité et de la rétorsion peuvent modifier l'application (1).

534. Les questions de droit international privé présentent aujourd'hui d'autant plus d'intérêt que l'accroissement des relations entre les différentes nationalités, en multipliant les points de contact, multiplie les occasions de conflit. On conçoit que, dans l'antiquité, la défiance qui existait entre les différents peuples, la rareté des communications, n'aient pas permis au droit international privé de s'établir; et, quand presque tous les peuples du monde connu vinrent se fondre dans la grande unité romaine, qu'il n'y eut plus les éléments divers nécessaires à son établissement (2). Mais les nationalités nombreuses qui se formèrent au moyen âge, les coutumes plus nombreuses encore qui les régissaient, donnèrent lieu à beaucoup de questions de cette nature, ce que prouvent les écrits des anciens docteurs sur les conflits entre les coutumes qui soumettaient les sujets du même souverain à plusieurs statuts ou législations différentes. Et aujourd'hui, bien que les coutumes locales et les législations particulières des petites souverainetés féodales aient disparu dans la plus grande partie de l'Europe, pour faire place aux lois générales de chaque État, le mouvement industriel et commercial qui porte les peuples les uns vers les autres et les mélange sans cesse, malgré les causes d'animosité qui les mettent trop souvent en garde les uns contre les autres, a compliqué leurs rapports d'un grand nombre de difficultés nouvelles au moment même où les législations se simplifiaient.

535. Les actes de l'homme exigent d'abord une capacité

(1) V. Heffter, § 37.

(2) *In jure romano non est mirum nihil hâc de re exstare, cùm populi romani per omnes orbis partes diffusum et æquabili jure gubernatum imperium, conflictui diversarum legum, non æquè potuerit esse subjectum.* (Huber, *De conflictu legum*, n. 1.)

suffisante de la part de celui qui les fait : les règles de cette capacité, puisées ordinairement dans les lois qui statuent sur son état, ses droits et ses devoirs, constituent ce qu'on appelle le *statut personnel.*

Ces actes exigent ensuite une chose qui en fasse l'objet ; les règles qui déterminent la nature de cette chose, les conditions de transmissibilité, d'aliénation, de privilége, d'hypothèque, de gage auxquelles elle peut être soumise constituent le *statut réel.*

Tout acte est soumis à des formes qui, si je puis parler ainsi, le matérialisent en quelque sorte, et lui donnent l'être. Ces formes sont *intrinsèques* quand elles se rapportent à la capacité des contractants, à la disponibilité des biens, aux conditions essentielles de l'acte : elles sont alors régies par le statut personnel ou le statut réel. — Ces formes sont *extrinsèques*, quand elles se rapportent à l'extérieur de l'acte, à sa forme matérielle : elles sont alors régies, le plus ordinairement, par la loi du lieu où l'acte est fait ; d'où vient la règle *locus regit actum.*

Tout acte ou contrat impose des obligations ou donne des droits ; ces obligations et ces droits peuvent aussi résulter d'un simple fait. L'exercice ou la défense de ces droits, quelle que soit leur origine, qui, lorsqu'ils sont contestés, nécessitent le recours aux tribunaux, supposent des règles de compétence qui varient suivant que la contestation s'élève entre étrangers, ou entre nationaux et étrangers.

La procédure devant les tribunaux, dans les instances qui intéressent des étrangers, peut être soumise à des règles particulières et exceptionnelles.

L'exécution des actes faits par des étrangers, ou émanant d'une autorité étrangère, est également soumise à des conditions qui ont pour objet, soit de la rendre plus rigoureuse, soit au contraire d'en suspendre les effets.

Tels sont les différents points que je me propose d'examiner successivement. Je préviens de suite le lecteur que je n'entends me livrer à cet examen qu'au point de vue de la législation française. L'examen des législations étrangères

pourra avoir lieu quelquefois selon les nécessités du sujet, mais accidentellement, et jamais comme objet principal.

§ 1. — *Des statuts.*

SOMMAIRE. — 536. Caractères distinctifs des statuts réel et personnel. — 537. Il n'y a pas de statut mixte. — 538. Le statut réel embrasse les meubles comme les immeubles. — 539. Division.

536. Les lois, en tant qu'elles s'appliquent aux personnes ou aux biens, sont personnelles ou réelles : statut personnel, elles prononcent sur l'état des personnes; statut réel, elles règlent la qualité, la transmission, la disposition des biens. Lors donc qu'il s'agit de savoir si un acte de l'homme est conforme aux règles de son état civil, s'il émane d'une personne ayant capacité suffisante il faut consulter le statut personnel; si, au contraire, il s'agit d'apprécier la validité de l'acte d'après son objet dans ses rapports avec les biens, il faut consulter le statut réel.

Mais comme les lois ne disposent ordinairement sur les personnes que relativement aux choses, en leur permettant ou en leur défendant de faire et de contracter; et qu'elles ne disposent sur les choses que dans leur rapport avec les personnes qui les possèdent, les acquièrent ou les transmettent, il en résulte que les lois ne sont jamais purement personnelles ni purement réelles, et qu'il est quelquefois assez difficile de reconnaître si elles forment un statut réel ou un statut personnel. Pour arriver à cette reconnaissance, et juger si un statut est réel ou personnel, il ne faut pas, dit M. Merlin (1), en considérer les effets éloignés et les conséquences ultérieures. Il faut s'attacher à l'objet principal, direct, immédiat de la loi, et oublier ses effets. Si l'objet principal, direct, immédiat de la loi, est de régler l'état de la personne, le statut est personnel; les effets, par rapport aux biens, ne sont plus que les conséquences éloignées de la personnalité. Au contraire, si l'objet principal, direct, immédiat de la loi, est de régler la qualité, la nature des biens, la manière d'en disposer, le

(1) *Répert.*, v° *Autoris. maritale*, § 10.

statut est réel, et les effets, par rapport aux personnes, ne sont plus que les conséquences éloignées de la réalité.

« Le véritable principe dans cette matière, dit le chancelier Daguesseau, est qu'il faut distinguer si le statut a directement les biens pour objet, ou leur affectation à certaines personnes ou leur conservation dans les familles; en sorte que ce ne soit pas l'intérêt de la personne dont on examine les droits ou la disposition, mais l'intérêt d'une autre dont il s'agit d'assurer la propriété et les droits réels qui ait donné lieu de faire la loi; ou si, au contraire, toute l'attention de la loi s'est portée vers la personne pour décider en général de son habilité et de sa capacité générale et absolue comme lorsqu'il s'agit de mineurs ou de majeurs ; de père ou de fils légitime ou illégitime, d'habile ou inhabile à contracter pour des causes personnelles. Dans le premier cas, le statut est réel; dans le second, il est personnel (1). »

Le statut est personnel, dit Casaregis (2), « *quando illud verba suæ dispositionis prohibitivæ, vel inhabilitationis dirigeret in personam subditi, illam inhabilitando, vel ei prohibendo aliquem actum, vel contractum fieri, ita ut bona subditi tam intrà quam extrà territorium statuentium sita, venirent tanquam in consequentiam et accessoriè ab actum qui fuit principaliter ipsi personæ subditæ prohibitus, vel consecutivè ad inhabilitationem personaliter in factum; secùs vero in casu quò statutum principaliter considerationem vel respectum habuit ad res, seu bona, sive ejus effectus principaliter versatur circa res, vel bona, licet juxtà materialem verborum sonum sermo videretur in personam subditi directus.* »

537. Il suit de là qu'il n'y a pas, comme l'ont pensé quelques docteurs, de statut *mixte*, tenant à la fois du statut personnel et du statut réel, et dont le caractère serait de disposer sur les personnes et sur les choses (3). Tous les statuts sont mixtes

(1) Voy. Rodemburg, *De jure quod oritur ex statutorum diversitate*, tit. I, ch. II; Boullenois, *Traité des statuts réels et personnels*, tit. I, ch. II, obs. 2 et 3.

(2) *Discursus legales de commercio*, disc. 130, n. 17 et suiv.

(3) *Statutum personale personas respicit; reale res certi territorii, mixtum utrasque.* Burgundus, *Tractatus controversiarum ad consuetudines Flandriæ*, tract. I, n. 3. — *Aut enim statutum simpliciter disponit de personis, aut*

en ce sens que, disposant principalement sur les personnes ou sur les choses, ils disposent aussi accessoirement et par voie de conséquence sur les unes ou sur les autres; de telle sorte que si l'on admettait cette espèce de statut, il n'y aurait plus que cette seule espèce, dès qu'il n'y a pas possibilité de concevoir un statut qui prononce sur les personnes, abstraction faite des choses; et sur les choses, abstraction faite des personnes. «Distribuer les lois en trois classes, a-t-on dit avec beaucoup de raison (1), pour échapper à l'embarras que peut causer l'appréciation de leur véritable caractère en de certains cas, ce serait déplacer la difficuté sans la résoudre: car, dans l'application des lois mixtes, il faudrait toujours rechercher l'élément qui prévaut en elles. Or, une méthode n'étant qu'un instrument, elle est condamnée s'il est reconnu qu'elle ne facilite point la tâche de ceux qui sont appelés à s'en servir.»

Quant aux lois qui concernent la forme des actes, leurs effets et leur exécution, elles ne forment pas non plus, comme on l'a quelquefois prétendu, un statut mixte (2). Si elles ont pour objet de procurer la capacité à la personne, si elles sont établies en vue de son état, elles rentrent dans le statut personnel; si, au contraire, ces lois ont pour objet les choses dont l'acte dispose, elles rentrent dans le statut réel. A l'égard des formalités purement extrinsèques qui se rapportent à l'acte seul sans tenir compte de la personne ou de la chose, ainsi qu'à l'égard des formalités de procédure, elles se placent sans doute dans un ordre d'idées à part; mais il est manifeste qu'elles ne constituent pas un statut mixte, c'est-à-dire disposant à la fois sur les choses et sur les personnes. Ce serait, si l'on veut, une

solummodo de rebus, aut conjunctim de utrisque. Rodemburg, *loc. cit.* — « Ou le statut dispose simplement des personnes, ou il dispose simplement des choses, ou il dispose tout à la fois des personnes et des choses. » Boullenois, t. I, ch. II. — On peut voir encore ce que dit Boullenois, *ibid.*, ch. II, obs. 3, sur les divisions que chaque auteur a cherché à introduire.

(1) Voy. le rapport déjà cité de M. le premier président Portalis.

(2) *Mixta dicentur meo sensu quæ licet forte vel in rem vel in personam loquerentur, non tamen principaliter de re vel de personâ disponunt, verùm de modo vel solemnitate in omnibus negotiis et causis sive judicialibus, sive extrajudicialibus adhibenda.* (P. Voët, *De statutis*, sect. IV, ch. II, n. 4.)

troisième espèce de statut se rapportant à la forme des actes, et déjà admis par quelques docteurs, notamment par Balde (1) et Hertius (2).

538. En terminant ce qui touche la distinction entre le statut personnel et le statut réel, je ferai remarquer que le statut réel embrasse non-seulement les immeubles, mais les *meubles*. On a prétendu, il est vrai, que les meubles sont régis par le statut personnel, parce qu'ils suivent la personne, et que, quelle que soit d'ailleurs leur situation effective, ils sont toujours réputés situés au domicile de la personne, et conséquemment régis par la loi qui régit la personne. Mais, en supposant que les meubles n'aient jamais d'assiette fixe et suivent toujours la personne, ce ne serait pas une raison pour qu'ils fussent régis par le statut personnel, puisque la loi du domicile qui les régirait serait assurément une loi réelle, bien quelle fût celle du domicile de la personne (3). On a fait sur ce point une confusion dans les mots qui a amené une confusion dans les choses (4).

539. Je vais maintenant m'occuper des effets du statut personnel et du statut réel, dans leurs rapports les plus directs avec les personnes et avec les choses. Dans les paragraphes suivants, je m'occuperai de la forme des actes, de leurs effets et de leur exécution.

Article 1. — Du statut personnel.

Sommaire. — 540. Le statut personnel dépend de la nationalité ou du domicile d'origine. Il change si la nationalité vient à changer. — 541. Ce changement n'a pas d'effet rétroactif. — 542. Le changement de nationalité du père ne réfléchit pas sur ses enfants mineurs. — 543. Statut qui régit l'esclavage. — 544. Application du statut personnel. Minorité. Majorité. — 545. Interdiction. — 546. Faillite. — 547. Droits des tuteurs, des curateurs, des syndics. — 548. Mariage. Autorisation de femme mariée. Conventions matrimoniales. — 549. Incapacités particulières. Noblesse. Dignité. — 549 *bis*. Du statut personnel contraire à l'ordre public.

(1) *Omne statutum disponit aut de personis, aut de rebus, aut de actionibus*. Sur la loi 1, au Code, *De unâ deitate*.

(2) ..... *Vel ratione personæ, vel ratione rerum, vel ratione actuum. De collis. legum*.

(3) Voy. sur ce point Boullenois, t. I, p. 338.

(4) Voy. *inf.*, art. 2.

540. La loi saisit l'homme à sa naissance ; en lui imprimant la qualité de citoyen, elle lui donne un état et une capacité civile et politique qui restent les mêmes en quelque lieu que l'homme se trouve, parce que, de même qu'il ne peut avoir deux nationalités, de même aussi il ne peut avoir, relativement à un même fait, deux capacités différentes. «*Cum enim*, dit Rodemburg (1), *ab uno certoque loco statum hominis legem accipere necesse esset, quod absurdum, earumque rerum inter se pugna foret, ut in quot loca quis iter faciens, aut navigans, delatus fuerit, totidem ille statum mutaret aut conditionem; ut uno eodemque tempore hic sui juris, ille alieni futurus sit; uxor simul in potestate viri et extra eamdem sit; alio loco habeatur quis prodigus, alio frugi.* »

Il suit de là que les lois concernant l'état, la condition et la capacité de la personne, suivent les Français en pays étranger (2), et que, réciproquement, les lois qui régissent l'état et la capacité des étrangers les suivent en France; de telle sorte que c'est d'après ces lois que les tribunaux doivent juger s'ils ont ou n'ont pas tel état, s'ils sont capables ou incapables (3).

Ces règles, admises plus ou moins expressément par presque toutes les législations étrangères (4), ne sont pas seulement fondées sur le consentement général des nations, mais sur la nature des choses à laquelle les nations se sont conformées. Car il est manifeste que la capacité civile d'un individu, celle qui dérive de sa position d'homme *social*, ne peut être déterminée que par les lois de la société dont il fait partie, c'est-à-dire du pays auquel il appartient, soit par naissance, soit par adoption.

C'est pourquoi, lorsque la nationalité d'un individu vient à changer, le statut personnel change aussi : le Français qui, de manière ou d'autre, cesse d'être Français, n'est plus régi, quant à son état et à sa capacité, par la loi française, mais

(1) *De statutorum diversitate*, tit. I, ch. III, § 4.

(2) *Code civil*, art. 3.

(3) M. Merlin, *Répert.*, v° *Loi*, § 6, n. 6. V. Paris, 26 nov. 1850 (S., 50 2. 666.)

(4) Voy. M. Fœlix, n. 30 et suiv.

par celle du pays étranger dont il a fait sa patrie d'adoption. Et il en est de même de l'étranger qui devient Français (1).

Il ne suffit donc pas d'un simple changement de domicile pour opérer le changement de statut: il faut un changement de nationalité. Sous l'ancien droit, où des coutumes nombreuses et variées régissaient les différentes provinces dont se composait le territoire, le statut pouvait dépendre du domicile, et non de la nationalité, de telle sorte qu'en changeant de domicile, c'est-à-dire en passant d'une province dans l'autre, on pouvait changer de statut. Mais aujourd'hui, sous l'empire d'une loi uniforme, le changement de statut ne se conçoit plus qu'avec un changement de nationalité.

541. Du reste, le changement de statut qui s'opère par le changement de nationalité n'a pas d'effet rétroactif. Ainsi, il est évident que celui qui, étant majeur dans sa patrie, y aura valablement contracté, ne pourra, s'il devient plus tard citoyen d'un autre État dont les lois le réputent mineur à l'époque du contrat, se prévaloir contre cet acte d'une incapacité qu'il n'avait pas encore (2). Il faut distinguer, en ce cas, entre les droits acquis et les droits éventuels qui ne constituent qu'une simple espérance. Le changement de statut qui laisse les premiers intacts peut détruire les seconds (3).

542. C'est par une considération analogue que se décide la question de savoir si le changement de statut qui a lieu à l'égard du père réfléchit sur ses enfants mineurs, de telle sorte que leur capacité comme majeurs ou mineurs dépende

(1) *Persona fit subdita propter domicilium; hæc enim vera et unica causa reputatur ex quâ subditum propriè dictum estimare debeamus.* Hertius, *Dissert. de collis. leg.*, sect. IV, p. 4. *Domicilium* doit être entendu ici dans le sens de *nationalité*, *domicile d'origine.*

(2) M. Rocco, p. 481. M. Merlin, *Répert.*, v° *Puissance paternelle*, sect. IX, n. 2 et 3.

(3) *Perchè se i diritti et le obbligazzioni sono nati efficacemente allora quando la persona avea il domicilio nel regno, tanto che nulla più manchi alla loro perfezzione, le leggi del nuovo domicilio punto non possono fiaccarne la forza. Per lo contrario se altra cosa pur si chieda perchè sien perfetti, poichè non sono ancora veramente ed incommutabilmente acquistati, gli statuti del nuovo domicilio bene possono impedire che si conducano ad effetto.* M. Rocco, *loc. cit.*

du statut nouveau auquel leur père s'est soumis. La capacité que le statut personnel assure à l'homme qui naît sous son empire, constitue pour cet homme un droit acquis, qui ne peut lui être ravi sans sa participation : *Quod nostrum est, sine facto nostro nobis auferri non potest* (1). Il est même fort douteux que le mineur pût consentir à ce changement qui impliquerait la perte de sa nationalité. C'est là une question que nous examinerons plus tard (2).

543. La règle qui attache le statut personnel à la personne souffre en France une notable exception, en matière d'esclavage. C'est une ancienne maxime de notre droit public, que nul n'est esclave en France (3), et qu'aussitôt qu'un esclave étranger y a mis le pied, il devient libre, « *Si quidem*, dit Bodin (4), *servi peregrini, ut primum Galliæ fines penetraverint, eodem momento liberi fiunt.* » Bodin cite même un arrêt du parlement de Paris qui l'aurait ainsi jugé à l'occasion d'un esclave amené en France par un ambassadeur d'Espagne. C'était là une généreuse application de cette maxime proclamée par Louis X dans le préambule de son ordonnance du 2 juillet 1315, « que comme, selon le droit de nature, chacun doit naître franc, et que, comme son royaume était dit et nommé le royaume des Francs, la chose en vérité devait être accordante au nom. » Néanmoins, un édit de Louis XV, du mois d'octobre 1716, permit aux habitants des colonies d'amener des esclaves en France, en obtenant la permission des gouverneurs : cette permisson obtenue, l'esclave ne pouvait prétendre à la liberté sous prétexte de son arrivée dans le royaume, mais il devenait libre si elle n'avait pas été accordée. Un autre édit de 1738 modifia ces dispositions en ce sens qu'au lieu de devenir libre faute de l'accomplissement des formalités imposées au maître, l'esclave était confisqué au profit du roi et renvoyé dans les colonies. Un édit de Louis XVI,

(1) Boullenois, t. II, p. 33 ; Rousseaud de la Combe, v° *Puissance paternelle ;* M. Merlin, *Répert.*, v° *Puissance paternelle*, sect. VII, n. 2 et 3.
(2) Voy. *inf.*, liv. III.
(3) De Réal, *Science du gouvernement*, t. IV, ch. I, § 4, n. 43.
(4) *De la république*, I, V.

de 1777, revenant aux anciens principes que les édits précédents avaient mis en oubli, fit défense d'introduire des esclaves en France, et obligea ceux qui en avaient introduit d'en faire la déclaration dans un certain délai, voulant que, passé ce délai, les maîtres « ne pussent retenir lesdits noirs sans leur consentement. » La maxime dont tous ces édits avaient plus ou moins limité les effets fut rétablie dans toute sa puissance par le décret du 28 septembre 1791, qui déclare que « tout individu est libre aussitôt qu'il est en France. » Depuis, cette matière a été régie, quant aux esclaves des colonies françaises, par une ordonnance du 29 avril 1836, qui dispose, par son art. 1er, que tout habitant des colonies qui voudra amener un esclave en France, doit l'affranchir avant son départ; et par son art. 2, que tout esclave qui sera amené ou envoyé des colonies par son maître, sans affranchissement préalable, deviendra libre de plein droit à compter de son débarquement dans la métropole, et recevra en conséquence un titre de liberté. Plus tard sont survenus les décrets du gouvernement provisoire des 4 mars et 27 avril 1848, abolitifs de l'esclavage, et la constitution du 4 novembre 1848, dont l'art. 6 porte que l'esclavage ne peut exister sur aucune terre française : de telle sorte qu'aujourd'hui les principes et la législation sont d'accord pour rendre à la liberté tout esclave qui touche un territoire français, à quelque nation et à quelque maître qu'il appartienne (1).

544. Le statut personnel réglant l'état et la capacité des personnes, il s'ensuit que les règles sur la minorité, la majorité, l'interdiction, le mariage, les incapacités particulières à certains individus, et les conditions requises pour faire cesser leur incapacité ou les habiliter à certains actes dépendent du statut personnel; de telle sorte qu'un Français en pays étranger n'a pas, sous tous les rapports qui viennent d'être indiqués ou sous les rapports analogues, une capacité, autre que celle qui lui est reconnue par la loi française, et

(1) D'après Fœlix, n. 33, note 1, le même principe serait admis dans toute l'Europe; et à l'appui de cette opinion il cite une dissertation de M. Falck, *De servo libertate donato si Europæ solum attigit*. (Amsterdam, 1834.)

que, de même, l'étranger qui se trouve en France a sa capacité réglée par la loi étrangère, sauf le cas où la loi locale restreindrait cette capacité à raison même de l'extranéité, ainsi que nous l'avons vu dans la première section de ce chapitre.

Cependant, on a quelquefois prétendu que l'étranger mineur suivant les lois de son pays, mais qui a atteint l'âge fixé par la loi française pour la majorité, peut contracter en France comme majeur. La difficulté provient de ce que la nullité d'une convention pour cause de minorité de la part de l'un des contractants, ne pouvant être opposée par celui des contractants qui était capable de s'engager, mais seulement par l'incapable (1), il résulterait de l'incapacité de l'étranger majeur d'après la loi française, que le Français qui a dû le croire majeur, resterait à la discrétion de cet étranger et serait victime de sa confiance. Le Français, dit-on, est tenu de connaître la loi française; mais il n'est pas tenu de connaître la loi étrangère, et quand il contracte avec un étranger âgé de vingt-un ans révolus, cet étranger est pour lui majeur et capable, et ne saurait être reçu à se prévaloir plus tard d'une incapacité ignorée (2).

Je ne crois pas que cette opinion doive être admise. C'est au contraire un principe de droit, que celui qui contracte doit connaître la capacité de celui avec lequel il s'engage : *Qui cum alio contrahit, vel est vel debet esse non ignarus conditionis ejus* (3). L'attention du Français qui contracte avec un étranger doit être éveillée précisément par cette circonstance d'extranéité; et il peut alors d'autant moins se prévaloir de son ignorance, que la prudence la plus ordinaire lui faisait un devoir de s'éclairer. Quel danger n'y aurait-il pas, surtout en matière commerciale, à permettre aux incapables

(1) C. civ., 1125.

(2) Voy. Grotius, lib. II, cap. II, § 5, n. 2; Burge (cité par M. Fœlix, *Droit internat.*, n. 88); M. Valette, sur Proudhon, t. I, p. 85. Paris, 17 juin et 15 oct. 1834 (S., 34. 2. 371 et 658). — V. aussi une très-remarquable dissertation de M. Alauzet sur *le Statut personnel des étrangers résidant en France.*

(3) L. 19, ff. *De reg. jur.*

d'un pays d'aller s'engager valablement dans un autre. On sait avec quelle facilité se font les simulations de lieux dans les lettres de change, et combien il est difficile d'arriver à en faire la preuve. Si ce système était admis, les incapacités légales seraient à chaques instants éludées (1).

Le mineur étranger, bien que majeur suivant la loi française, est donc recevable à demander, même en France, la nullité de l'engagement par lui pris envers un Français, et le juge français qui constate qu'en effet l'étranger qui demande la nullité de l'engagement par lui contracté est mineur, suivant la loi qui régit sa capacité ne pourrait en règle générale se dispenser de prononcer la nullité de cet engagement sans violer l'article 1124 du Code civil qui déclare les mineurs incapables de contracter.

Il est d'ailleurs bien évident que le juge français qui par une application même erronée de la loi étrangère, ne reconnaîtrait pas à l'étranger demandeur en nullité de son engagement la qualité de mineur, et par suite le déclarerait capable de s'obliger, ne violerait aucune loi française, et que par suite sa décision échapperait à la censure de la Cour de cassation (2).

Mais ce qui est vrai en général et en principe, peut cesser d'être vrai dans l'application, et sous l'empire de certaines circonstances qui placent les parties dans une situation particulière. Ainsi, quand le Français a ignoré l'extranéité de celui avec qui il contracte et quand la nature du contrat ou les circonstances dans lesquelles il est intervenu n'ont pas pu ou dû la lui révéler, il est difficile de faire profiter l'étranger d'une incapacité qui aurait pu empêcher le Français de traiter avec lui, si elle avait été connue. Le Français, croyant traiter avec un autre Français, n'a eu à vérifier la capacité de celui avec qui il a contracté qu'au point de vue de sa qualité apparente, et ce serait lui faire une position impossible que de

(1) M. Pardessus, n. 1482; M. Nouguier, *Des lettres de change*, t. I, p. 475; M. Fœlix, *ubi sup.*; M. Freminville, *Des minorités*, t. I, n. 4. M. Demangeat sur Fœlix, t. I, p. 204, note *a*.

(2) Cass., 15 avril 1861, D. 61. 421; 15 juin 1863, D. 63. 1. 313.

l'obliger à aller au delà des apparences pour chercher la vérification ou la justification d'une qualité ou d'une capacité dont rien ne lui révélait l'incertitude. *Error communis facit jus;* et c'est, dans ce cas, l'étranger qui en cachant sa nationalité et en donnant naissance à l'erreur, a fait lui-même la loi qui le condamne. Le silence qu'il a gardé sur sa nationalité pour faire croire à une capacité qu'il n'avait pas, est un silence frauduleux; et alors il ne peut pas plus être restitué contre ses engagements que le mineur français qui aurait usé de dol et de fraude pour faire croire qu'il était majeur.

La question de savoir si le mineur étranger est valablement obligé doit donc se résoudre, dans un grand nombre de cas, en une question d'appréciation des circonstances dans lesquelles il a contracté (1). Ainsi on peut ranger parmi les contrats valables comme ne révélant pas l'extranéité du mineur, les achats par lui faits au comptant chez un marchand d'objets dont ce dernier fait le commerce, quand il est inconnu de ce marchand, ou si, étant connu, sa situation apparente est de nature à faire croire qu'il est Français. Il en serait même ainsi, dans cette dernière hypothèse, bien qu'il s'agît d'achats qui ne devraient être payés qu'à terme, et pour lesquels le mineur aurait souscrit des billets; tandis que, au contraire, il pourrait y avoir imprudence de la part du marchand à accepter des engagements à terme d'un individu qu'il ne connaît pas, et dont en s'informant il eût découvert l'extranéité. La variété dans les espèces qui peuvent se présenter a pu amener des variations dans la jurisprudence (2). Mais les solutions diverses qui ont pu intervenir n'infirment pas le principe qui reste certain malgré les exceptions dont il est susceptible.

Il est bien évident d'ailleurs, que le mineur étranger, pas plus que le mineur français, ne pourrait se faire restituer contre son engagement ou en demander la nullité s'il en avait profité (3).

(1) V. Cass., 16 janv. 1861, S., 61. 1. 305, *ibid.* et mes observ. sur cet arrêt qui sont en partie ci-dessus reproduites.

(2) V. Paris 17 juin et 15 oct. 1834, S. 34. 2. 371 et 658; et 20 fév. 1858, S. 61. 1. 305 à la note.

(3) V. l'arrêt précité du 16 janvier 1861.

Le Code de procédure civile de Prusse contient sur cette matière une règle fort sage. Après avoir disposé, part. 1, tit. I, § 5, en règle générale, que la capacité de l'étranger qui se présente devant les tribunaux prussiens, sera jugée en ce qui concerne l'âge d'après les lois de son domicile, il ajoute (§ 6) que, lorsque cet étranger a atteint vingt-cinq ans révolus, les procédures faites avec lui devant les tribunaux du royaume ne pourront être attaquées sous le prétexte que la majorité est fixée à un âge plus avancé par les lois de son domicile. — C'est une sorte d'avertissement légal adressé par la loi à tous les sujets prussiens, pour les prévenir que dans les contrats qu'ils font avec des étrangers mineurs de vingt-cinq ans, ils peuvent se trouver repoussés plus tard par une exception d'incapacité. Vingt-cinq ans est en effet la limite la plus reculée que les législations modernes aient assignées à la majorité (1).

Par la même raison, le Français mineur, qui s'oblige à l'étranger, peut se prévaloir de son incapacité aussi bien qu'il le pourrait en France, soit qu'il s'oblige avec un Français, soit qu'il s'oblige avec un étranger. Il ne peut donc y souscrire des lettres de change, ni y contracter aucun engagement commercial, à moins qu'il n'ait été émancipé et autorisé conformément à l'art. 2 du Code de commerce (2). Le Code général de Prusse a sur ce point une disposition expresse. L'art. 938, tit. VIII, part. 2, porte que « lorsqu'un régnicole a fait en pays étranger une négociation par lettre de change avec un autre régnicole qui ne jouit pas de la capacité légale de s'obliger par lettre de change, ladite négociation sera considérée comme si elle avait eu lieu dans le royaume. »

545. Le Français qui a été interdit, ou auquel on a donné un conseil judiciaire, ne peut non plus être relevé en pays étranger de l'incapacité dont le frappent les lois de son pays (3).

(1) C'est l'âge fixé en Espagne, en Portugal, Hanovre, Wurtemberg, Danemark... Voy. M. Fœlix, *Traité du droit intern.*, p. 186, note 1.

(2) Voy. *inf.*, liv. III.

(3) M. Pardessus, n. 1482 ; M. Fœlix, n. 89.

546. De même encore, le commerçant dont la faillite a été déclarée en pays étranger, et qui se trouve ainsi atteint d'une incapacité relative, ne pourra faire en France, en tant du moins que l'état de faillite y sera constant (1), les actes dont sa faillite le rend personnellement incapable. En conséquence, s'il est admis à la jouissance des droits civils il ne peut plus les exercer (2) ; il ne peut plus être admis à l'escompte de la Banque de France (3); l'entrée de la Bourse lui est interdite (4). Mais il ne cesse pas pour cela de pouvoir faire en France certains actes qui lui sont interdits, plutôt relativement à ses biens, et aux droits des tiers, que relativement à sa capacité personnelle (5). Il doit en être de même en pays étranger du commerçant dont la faillite a été déclarée en France.

547. Les mineurs et les interdits sont placés sous l'autorité d'un tuteur; les émancipés, quelquefois les absents, ont un curateur; les prodigues, un conseil judiciaire; les faillis, des syndics. Quelle est en pays étranger, sur les biens qui s'y trouvent situés, l'autorité de ces administrateurs? Il faut, pour résoudre la question, distinguer si ces administrateurs sont préposés à la personne ou aux biens. S'ils sont préposés à la personne, leur autorité, qui repose sur le statut personnel, suit les biens partout où peut agir la personne, et même en pays étranger. Si, au contraire, ils sont préposés aux biens, et surtout dans l'intérêt des tiers, il ne faut plus voir dans leur établissement qu'un statut réel, qui ne peut avoir effet que sur les biens situés en France.

Il suit de là que le tuteur d'un mineur ou d'un interdit, le curateur d'un mineur émancipé, le conseil judiciaire d'un prodigue, étendent leur autorité jusque sur les biens situés en pays étranger, parce que leur droit porte plutôt sur la personne que sur les biens, et qu'ils n'administrent les biens que parce qu'ils administrent et habilitent la personne : « *Perso-*

(1) Bordeaux, 10 févr. 1824 (S., *Coll. nouv.*, 7. 2. 317); Merlin, *Répert.*, v° *Faillite*, sect. II, § 2, art. 10, n. 2. — Voy. le n. suivant.
(2) Const. du 22 frim. an VIII, art. 5.
(3) Décr. 16 janv. 1808, art. 50 et 51.
(4) Cod. commerc., 614.
(5) Voy. *inf.*, n. 557.

nam directo; res per consequentias. » En quelque endroit que se trouve ou qu'agisse la personne, il faut que le tuteur y soit et qu'il y agisse. Les biens que possède le pupille en pays étranger ne peuvent donc être vendus sans le concours du tuteur, de même que le pupille ne peut y contracter sans l'autorisation de son tuteur.

Mais il en est autrement, si la tutelle, au lieu d'être donnée à la personne, a pour objet direct les biens ou l'intérêt des tiers. Son effet se renferme alors dans les limites du territoire, parce qu'il ne s'agit plus d'une incapacité personnelle et absolue ; mais d'une incapacité réelle et relative qui, frappant directement les biens, ne peut atteindre ceux de ces biens qui ne sont pas soumis, par leur situation, à la loi qui établit l'administrateur. Ainsi, les syndics d'une faillite déclarée en France n'ont aucune autorité sur les biens du failli situés en pays étranger, parce qu'ils administrent ces biens moins dans l'intérêt du failli, qui n'est atteint d'aucune incapacité personnelle à cet égard, que dans l'intérêt des créanciers. C'est une manière d'être des biens, et non une manière d'être de la personne. C'est donc un statut réel. On peut en dire autant, par analogie, du curateur donné aux biens d'un absent ou à une succession vacante (1).

548. C'est encore le statut personnel qui règle la capacité de la femme mariée, et détermine les conditions sous lesquelles elle peut s'obliger. Une femme française, en pays étranger, ne peut donc être marchande publique sans l'autorisation de son mari (2) : et si elle n'est pas marchande publique, elle ne peut s'obliger ou aliéner ses biens sans la même autorisation. Quoique cette autorisation ait pour objet de rendre la femme habile à disposer de ses biens, et que sous ce rapport elle touche au statut réel, cependant, sous le rapport principal, elle touche au statut personnel, parce que la femme a besoin d'être autorisée dès qu'elle s'oblige et dès qu'elle agit, de telle sorte qu'en définitive cette autorisa-

(1) Voy. Voët, *De statutis*, sect. IX, cap. XI, n. 18 ; M. Rocco, p. 435 et suivantes.

(2) Cod. comm., art. 2.

tion a pour but principal, moins la matière du contrat auquel la femme est habilitée, que cette habilitation même. « Le statut de l'autorisation, dit M. Merlin (1), n'a aucune relation directe aux biens; il ne se réfère qu'à la personne. Il n'établit point dans la personne une incapacité relative à certains biens, il y établit une incapacité générale et absolue; il affecte l'état de la personne pour toutes sortes de biens, dans toutes sortes d'actes, envers toutes sortes de personnes. Donc, *persona magis quam res respicitur. Imo persona tantum, nullo modo res respicitur.* »

Mais il y a des actes que la femme française ne peut faire, même avec l'autorisation de son mari; c'est ainsi que la femme mariée sous le régime dotal ne peut ni aliéner, ni hypothéquer ses biens dotaux (2). Pourra-t-elle aliéner ou hypothéquer ses biens dotaux situés en pays étranger? Réciproquement, la femme étrangère qui, d'après la loi de son pays, ne peut ni aliéner ni hypothéquer ses biens, pourra-t-elle aliéner ou hypothéquer ses biens situés en France, que la loi française ne frappe pas de la même indisponibilité ?

On a fait quelquefois dépendre cette question de celle de savoir si les conventions matrimoniales constituent un statut réel ou un statut personnel. En l'envisageant comme statut réel, les biens des époux se trouvent naturellement soumis à la loi de leur situation. En l'envisageant comme statut personnel, source de capacité, ou d'incapacité, on atteignait, par la loi du domicile des époux, les biens qui se trouvaient, par leur situation, sous l'empire d'une autre loi (3). Peut-être ces deux systèmes sont-ils trop absolus. Je serais porté à penser que l'association conjugale constitue un statut personnel, en ce sens que c'est la loi du domicile du mari qui détermine le régime sous lequel les époux ont contracté mariage, de telle sorte, par exemple, que ce régime ne puisse plus changer dans la suite, en quelque lieu et sous quelque

(1) *Répert.*, v. *Autorisation maritale*, sect. x, n. 3.
(2) C. civ., 1554.
(3) Voy. M. Rocco, p. 363 et suiv.

loi que les époux aillent demeurer (1); mais je pense aussi que ce statut, personnel en tant qu'il règle les droits respectifs des époux, est réel en ce qui touche la disponibilité des biens, et que les biens situés en pays étranger, régis seulement par la loi locale, peuvent être aliénés et hypothéqués dans les termes autorisés par cette loi, quelles que soient d'ailleurs les prohibitions particulières de la loi du domicile des époux (2).

549. Il faut au surplus avoir soin de remarquer que le statut réel, ou l'incapacité qui en résulte, ne suit la personne en pays étranger que lorsqu'il s'agit d'une prohibition qui s'applique à son état universel, telle que celle qui est relative au mineur ou à la femme mariée. Mais il en est autrement des prohibitions particulières qui reposent sur un fondement tellement arbitraire qu'on ne peut être tenu de chercher à les vérifier. Telles sont celles qui, en certains pays, sont faites aux personnes nobles, ou constituées en dignité civile ou ecclésiastique, de souscrire des lettres de change ou autres engagements qui entraînent la contrainte par corps. Ces prohibitions ne constituent qu'un empêchement purement local qui, hors du lieu dans lequel elles ont été établies, ne peuvent être opposées à ceux qui ont traité avec les incapables (3).

549 *bis*. Il est à remarquer encore que le statut personnel ne suit les étrangers en France et ne règle leur capacité qu'autant qu'il n'est pas contraire à une loi d'ordre public (4). Voici un double exemple à l'appui de cette proposition qui, bien ne se rapportant pas à un intérêt commercial, est cependant de nature à en faire comprendre la portée.

Ainsi il a été jugé, d'une part, que l'étranger dont le mariage a été légalement dissous dans son pays, même par un

(1) Voy. Cass., 25 juin 1816 (S., 5. 1. 1, 209); 9 avril 1823 (S., 7). 223); 26 fév. 1834 (S., 34. 1. 176), et 3 juin 1839 (S., 39. 1. 583); Paris, 19 déc. 1853 (S., 54. 2. 105); Aix, 27 nov. 1854 (S., 39. 1. 2. 222).

(2) Voy. Paris, 15 mars 1831 (S., 31, 2. 237), et Cass., 17 juill. 1833 (S., 33. 1. 663). Voy. aussi Paris, 4 août 1853 (S., 54. 2. 780).

(3) M. Pardessus, n. 1483; Cass., 27 fév. 1817 (S., 5. 1. 286); Paris, 26 nov. 1850 (S., 50. 2. 666).

(4) M. Valette sur Proudhon, t. 1, p. 85.

mode de dissolution contraire à la loi française, peut se remarier en France, parce que, si l'article 147 du Code civil défend de contracter un second mariage avant la dissolution du premier, il suffit à l'étranger qui veut se remarier en France de prouver que son premier mariage a été légalement dissous dans les formes et selon les lois du pays dont il est sujet (1).

Et, d'autre part, il a été jugé récemment par la Cour de Paris que la femme étrangère dont le mariage a été dissous dans son pays d'origine ne peut contracter un nouveau mariage en France, moins de dix mois après la dissolution de son premier mariage, bien que son statut personnel l'autorise à contracter un nouveau mariage avant l'expiration de ce délai, parce que l'article 228 du Code civil aux termes duquel la femme ne peut contracter un nouveau mariage qu'après dix mois révolus depuis la dissolution du mariage précédent contient une prohibition d'ordre public, sanctionnée par l'article 194 du code pénal qui prononce une peine contre l'officier de l'état civil qui avant le temps prescrit par l'article 228 a reçu l'acte de mariage d'une femme ayant déjà été mariée.

Il y a plus : si le statut personnel étranger se trouvait en contradiction avec le statut personnel français de telle sorte que l'application de ce statut étranger dût compromettre un intérêt légitime français, même d'ordre privé, ce statut ne devrait pas être admis, et le statut français devrait prévaloir et conserver son empire (2). C'est ce qui a été jugé, à mon rapport, par un arrêt de la Cour de cassation du 13 janvier 1873.

Article 2. — Du statut réel.

SOMMAIRE. — 550. Le statut réel repose sur la loi de la souveraineté. Les immeubles sont régis par la loi de la situation. — 551. Quel statut régit les meubles. — 552. Immeubles par destination. — 553. Caractères distinctifs des meubles et des immeubles. — 554. Succession. — 555. Des cas où les meubles ont une situation déterminée par gage, saisie ou autrement. — 556. Détermination de la mesure en cas de vente de meubles ou d'immeubles. — 557. Quelle loi régit la faillite quant à la disponibilité des biens. — 558. Quelle loi régit la prescription. Prescription acquisitive. — 559. Prescription extinctive. Systèmes divers. — 560. Application de la

(1) Cass., 28 fév. 1860, S., 60. 1. 210 ; D., 60. 1. 57.

(2) V. MM. Aubry et Rau, t. I, § 31, et M. Demolombe, t. I, n. 102.

solution à la prescription d'une lettre de change. — 561. Quelle loi régit les conventions matrimoniales quant à la disponibilité des biens.

550. Comme le statut personnel repose sur la nationalité, qui n'abandonne jamais l'individu, ainsi le statut réel repose sur la souveraineté, qui s'étend sur tous les biens compris dans le territoire, sans distinguer s'ils appartiennent à des nationaux ou à des étrangers. « *Res subjecta censetur quoniam intra limites territorii alicujus sita est* (1). » — « Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, dit l'article 3 du Code civil, sont régis par la loi française. » Le statut réel n'est pas plus arbitraire que le statut personnel ; il est, comme celui-ci, fondé sur la nature des choses, parce que s'il est de règle que la loi ne peut avoir d'autorité sur les choses qui sont placées hors du territoire qu'elle gouverne, il faut nécessairement aussi admettre la règle inverse et reconnaître que seule elle peut avoir autorité sur les choses qui se trouvent dans les limites du territoire.

551. Nous avons déjà vu que les meubles, comme les immeubles, sont régis par le statut réel (2). Il ne peut y avoir de difficulté que sur le point de savoir si les meubles sont régis par le statut réel du lieu de leur situation effective, ou par le statut réel du domicile de celui à qui ils appartiennent.

En général, les meubles, par leur nature, n'ayant pas d'assiette fixe comme les immeubles (3), ne sauraient être soumis à la loi de leur situation, puisqu'à vrai dire, et dans l'ordre ordinaire des choses, ils n'ont pas de situation, ou que cette situation peut changer à chaque instant. Une fiction d'autant plus juste, qu'elle se rapproche davantage de la vérité, les répute alors situés au domicile de celui à qui ils appartiennent. *Visum fuit*, dit Voët (4), *quod dominus velle censeatur ut illic omnia sua sint mobilia aut saltem esse intelligantur, ubi fortunarum suarum larem summamque constituit, id est in loco domicilii.* »

(1) Hertius, *Dissert. de subj. territ.*

(2) *Sup.*, n. 538.

(3) *Interest inter bona mobilia et immobilia quod illa sequuntur suum territorium, hæc vero personam domini*, Balde, *in L. Mercatores*, au Code *De commerc. et merc.;* Ansaldus, *De assecurat.*, gloss. 35, n. 10.

(4) *Ad Pandect. de statutis*, tit. IV, n. 11.

On a donc toujours admis en règle générale que les meubles sont régis par le statut réel du domicile de leur maître (1), ce qu'exprime énergiquement un vieil adage de droit : « *Mobilia ossibus personæ inhærent.* »

Mais quel doit être, quant aux meubles, le domicile de l'étranger ? Il n'est pas douteux que celui qui a été admis à fixer son domicile en France, à y jouir des droits civils, qui y a par conséquent un établissement réel, ne peut avoir conservé aucun autre domicile légal en pays étranger, et que ses biens meubles sont dès lors régis par la loi française (2). Quant à l'étranger qui, sans avoir obtenu du gouvernement l'autorisation d'établir son domicile en France, y a fixé son habitation, avec intention d'y demeurer, je ne doute pas que, suivant les circonstances de temps et de lieu, il ne puisse être réputé avoir son domicile en France, de telle sorte que la loi française régisse ses meubles en quelques lieux qu'ils soient situés (3).

Dans le cas où il y aurait deux domiciles, ou pour mieux dire deux résidences certaines, par exemple, dans le cas d'un commerçant qui a deux établissements de commerce en divers lieux, les marchandises qui se trouvent soit dans l'un, soit dans l'autre, ayant leur assiette particulière dans le lieu où leur réunion constitue l'établissement commercial, sont régies par la loi du lieu où elles se trouvent : « *Potest quis habere domicilium in pluribus locis, et domicilium originis videtur esse principalius : et dato quod domicilium originis principalius esset, et in domicilio inferiori reperitur res de quâ agitur, tunc debet attendi domicilium minus principale, propter bona quæ ibi reperiuntur : tunc in domicilio inferiori duo concurrunt, domicilium et res litigiosa ; ideo prævalet quia duo vincula magis stringunt* (4). »

(1) M. Merlin, *Répert.*, v° *Loi*, § 6, n. 3 ; Duranton, t. I, n. 90 ; M. Rocco, p. 125 et suiv. ; Pothier, *Des personnes*, part. II, § 3 ; Dumoulin, sur Orléans, 24 ; sur Senlis, 140 ; sur Auvergne, 41, tit. XII ; Bouhier, sur la cout. de Bourgogne ; Burgundus, *tract.* 1, n. 2 ; Henrys, t. I, liv. IV, ch. VI, quest. 105. ; MM. Aubry et Rau, t. I, § 31 ; M. Demangeat sur Fœlix, t. I, p. 128, note *a*.

(2) Cass., 7 nov. 1826 (S., *Coll. nouv.*, 8. 1. 442).

(3) Riom, 7 avril 1835 (Devill. et Carr., 35. 2. 374).

(4) Boullenois, t. I, p. 836.

Si, dans le cas de deux domiciles ou de deux résidences, les meubles étaient hors de l'un et de l'autre, auquel donnerait-on la préférence pour les régir? Suivant Boullenois (1), les circonstances en décideraient. Il faudrait examiner si de ces différents domiciles il n'y en aurait pas un qui serait plus marqué et plus ordinaire que les autres; si certains meubles n'auraient pas plus de rapport à un des domiciles qu'à l'autre; et c'est ce domicile plus marqué qui devrait attirer à lui ces sortes de meubles. Dans le doute le domicile d'origine devrait l'emporter.

552. Mais c'est toujours le statut réel de le situation qui régit les choses qui, meubles par leur nature, sont immeubles par leur destination, puisque, tant qu'elles sont attachées à l'immeuble qui les caractérise, elles en suivent le sort (2).

553. Enfin, c'est encore le statut réel de la situation qui décide si une chose est meuble ou immeuble; de telle sorte que, lorsqu'une chose est réputée meuble par la loi du domicile du propriétaire, et immeuble par la loi du lieu où elle se trouve, elle est régie par cette dernière loi (3).

554. De tout ce qui précède, il suit que lorsqu'il s'agit d'appliquer le statut réel, il faut distinguer si les biens qu'il doit régir sont meubles ou immeubles. S'ils sont immeubles, ils sont régis par la loi de leur situation effective; s'ils sont meubles, ils sont régis, sauf les exceptions qui vont suivre, par celle du domicile du propriétaire, qui est encore celle de leur situation présumée.

C'est pourquoi, en matière de succession testamentaire ou *ab intestat*, le partage des biens, leur disponibilité, leur attribution, sont régis par la loi de la situation, quant aux immeubles, et par la loi du domicile, quant aux meubles (4).

(1) Boullenois, t. I, p. 836.

(2) M. Rocco, p. 129, note 1; Boullenois, t. I, p. 134.

(3) *Quæ in domicilii loco mobilia habentur, immobilia vero illic ubi sunt, reguntur lege loci in quo verè sunt, magistratu ne ex comitate quidem permissuro, ut quasi mobilia domicilii dominici sequerentur jura.* Voët, *Ad Pandect. de statut.*, tit. IV, n. 41; M. Rocco, p. 152.

(4) M. Merlin, *Répert.*, v° *Loi*, § 6, n. 3; M. Duranton, t. I, n. 90; M. Rocco, p. 125 et suiv. — M. Zachariæ, t. I, § 29, étend cette dernière règle jusqu'à la succession immobilière, ce qui est contraire au principe qui

555. Mais le principe qui fait régir les meubles par la loi du domicile de leur propriétaire, cesse d'être applicable lorsque les meubles sont considérés, moins dans leurs rapports avec le propriétaire, qu'en eux-mêmes et relativement aux droits que des tiers ont pu acquérir sur ces meubles. Dans ce cas, ils sont régis par le statut réel de leur situation effective, aussi bien que les immeubles.

Ainsi de même que les formalités hypothécaires, l'inscription des priviléges ou des hypothèques, et les droits qui en résultent, sont régis par la loi de la situation de l'immeuble, de même aussi la dation d'un meuble en gage ou en nantissement et les conséquences de ce contrat, sont régis par la loi du lieu où se trouve le meuble au moment où il est donné en gage et livré au créancier, parce qu'alors ce meuble est considéré, non dans ses rapports directs avec le propriétaire, mais au contraire dans ses rapports directs avec le lieu dans lequel il se trouve, et qui est déterminé par le contrat, de telle sorte qu'il n'y a plus lieu de suivre une fiction remplacée par une réalité.

De même, s'il s'agit de revendiquer un meuble que sa position ou son état actuel, dans tel lieu plutôt que dans tel autre, soumet à une action en revendication, ou d'exercer un privilége subordonné aux mêmes conditions (1), c'est encore la loi de la situation réelle du meuble qui doit être suivie, et non celle du domicile de celui à qui il appartient.

Par la même raison, la saisie d'un meuble doit être réglée, soit dans ses formes, soit dans ses effets, par la loi du lieu où la saisie détermine la situation de la chose qui en fait l'objet. Cependant, je ne dois pas dissimuler que cette opinion est contraire à celle d'un grand nombre d'auteurs qui, se rattachant à la maxime que les meubles

soumet les immeubles à la loi de leur situation, puisqu'on ne peut, par aucune fiction, les supposer situés au domicile du défunt. — Voy. notre note 2 sur ce paragraphe. — Voy. aussi Paris, 13 mars 1850 (S., 50. 2. 791); Bordeaux, 12 fév. 1852 (S., 54. 2. 257); Paris, 25 mai 1852 (S., 52. 2. 289); et Cass., 28 juin 1852 (S., 52. 1. 557).

(1) C. civ., 2102; Cod. comm., 674 et suiv.

suivent la personne de celui à qui ils appartiennent, en concluent que les droits des créanciers saisissants sur la chose saisie, doivent, quelle que soit la situation de cette chose, être régis par la loi du domicile du débiteur (1). Mais il me semble évident que cette maxime, qui n'a d'autre but que de suppléer au défaut de fixité des choses mobilières, et de leur attribuer une situation fictive, à défaut d'une situation réelle, cesse d'être applicable quand une circonstance particulière et décisive leur donne une fixité au moins momentanée, et détermine leur situation effective.

556. En cas de vente d'immeuble à tant la mesure, ou avec indication d'une mesure, la mesure doit être déterminée par la loi de la situation des immeubles, et non, à moins de convention contraire, par la loi du lieu où la vente est passée (2). Si, au contraire, il s'agit de vente de meubles, la mesure doit être déterminée par la loi du lieu de la livraison à laquelle, à moins de convention contraire, les parties sont présumées avoir entendu se référer, et qui est alors celle de la situation des meubles. Nous reviendrons sur ce point (3).

557. Ici se représente une difficulté que j'ai déjà résolue en principe, mais dont la solution a des conséquences, dans le détail desquels nous devons entrer ici.

Nous avons vu (4) que l'état de faillite est régi par le statut personnel, quant aux actes dont le failli devient personnellement incapable, mais qu'il est régi par le statut réel, quant aux actes qui ne sont interdits au failli que par rapport à ses biens et dans l'intérêt de ses créanciers : l'incapacité du failli n'est pas absolue, elle n'est que relative. Il suit de là que le commerçant dont la faillite a été déclarée en France, peut vendre les biens meubles ou immeubles qu'il possède en pays étranger, ou réciproquement (5), parce que, s'il est vrai de dire que la loi qui adresse une prohibition à une personne,

(1) Voy. Boullenois, t. I, p. 834, et les auteurs qu'il cite.

(2) Boullenois, t. II, p. 497.

(3) Voy. *inf.*, § 2, art. 2.

(4) *Sup.*, n° 546.

(5) M. Merlin, *Répert.*, v° *Faillite*, sect. II, § 2, art. 10, n. 3, t. XVI, p. 345.

ou la frappe d'incapacité, atteint par cela même les biens placés sous son empire, alors qu'ils deviennent l'objet de l'acte défendu, cela ne peut s'entendre que des biens que la loi peut atteindre (1).

Il suit encore de là que le failli peut, en pays étranger, faire des payements valables, en ce sens que ces payements ne seront pas annulables en pays étranger (2), parce que l'incapacité du failli ne peut atteindre les actes faits et exécutés en pays étranger.

Par la même raison, la nullité des priviléges ou hypothèques conférés par le failli dans les dix jours qui précèdent sa faillite (3) n'a lieu que pour les biens situés en France. Rien n'empêche qu'un privilége ou une hypothèque ne puisse être acquis sur les biens situés en pays étranger.

M. Merlin (4) paraît subordonner la solution de ces questions à la connaissance que le créancier aurait de l'état de faillite. Mais il me semble que cette circonstance est indifférente. C'est ici une question de capacité et non de bonne foi. Sans doute, si le créancier qui a reçu en pays étranger un payement partiel se présente en France comme créancier pour le surplus, on pourra lui opposer qu'il consent par là à reconnaître l'état de faillite et ses conséquences; et le payement qui lui a été fait devra être annulé dans l'intérêt de la masse des créanciers. Il en sera de même de l'hypothèque ou du privilége pour lesquels, quoique concédés en pays étranger, on voudrait obtenir effet en France. Mais tant que les effets directs du payement, des priviléges ou des hypothèques réalisés ou constitués en pays étranger, se concentreront dans ce pays, ils ne pourront être atteints par l'état de faillite.

Cependant, deux docteurs italiens, Ansaldus (5) et le cardinal de Luca (6), paraissent être d'un autre avis, en se fon-

(1) Casaregis, discurs. 130, n. 17 et suiv.
(2) *Contrà*, M. Pardessus, n. 1483.
(3) Cod. comm., 446.
(4) *Ubi supr.*
(5) Discurs. 11, n. 28 et 29.
(6) *De credito*, discurs. 10, n. 5. *Adde* Rodemburg, ch. v, n. 16.

dant sur ce que la loi, qui met sur la même ligne tous les créanciers du failli et efface entre eux toute distinction, sauf, bien entendu, les causes légitimes de préférence, s'applique aussi bien aux créanciers étrangers qu'aux nationaux : « *Statutum jubens ut super patrimonium decocti non attentâ prioritate vel potioritate creditorum fiat solutio per æs et libram, afficit pariter forenses.* » Sans doute, elle s'applique aussi bien aux étrangers qu'aux nationaux, en ce sens que les étrangers qui se présenteront devant les juges de la faillite devront suivre la loi commune, et ne pourront se prévaloir de leur qualité d'étrangers, pour prétendre à une position meilleure ; mais il ne suit pas de là que ceux qui, étrangers ou non, ont fait en pays étranger leur position meilleure, puissent être condamnés à perdre leurs avantages non contraires à la législation locale (1). La question revient donc toujours à savoir si la loi qui, pour établir l'égalité entre tous les créanciers du failli, défend à celui-ci de payer les uns au préjudice des autres, qui annule les hypothèques ou les priviléges acquis depuis la faillite ou dans un temps voisin, est une loi personnelle ou une loi réelle; et c'est là une question que je crois avoir déjà résolue.

Aussi Casaregis, qui a jeté tant de lumière sur les obscurités du droit commercial, combattant l'opinion d'Ansaldus et du cardinal de Luca, voit un statut réel dans les lois qui ont pour objet d'établir l'égalité entre les droits des créanciers des faillis : *Quia dispositio vel effectus principaliter versatur circà res et bona decocti creditoribus distribuenda, licet loquatur in personam* (2) ; » d'où il conclut que ce statut oblige tous les créanciers, quant aux biens sur lesquels le juge de la faillite peut étendre sa juridiction; mais qu'il ne les oblige plus, quant aux biens situés hors de sa juridiction.

Casaregis, tout en reconnaissant qu'il peut y avoir difficulté pour les biens meubles qui sont réputés suivre la personne du failli, n'établit, en définitive, aucune différence en-

(1) Casaregis, discurs. 130, n. 6 et suiv., et n. 14.
(2) Discurs. 130, n. 17.

tre les meubles et les immeubles, quand les premiers ont en pays étranger une situation réelle et effective (1).

Il est manifeste, en effet, que, d'après les règles que nous avons établies plus haut (2) sur la situation des meubles, quand un meuble est livré et vendu en pays étranger par un failli; quand ce meuble y est par lui donné en gage, ou saisi par un créancier, sa situation y devient déterminée et qu'il n'y a plus lieu de recourir à la fiction qui, à défaut d'assiette fixe, fait régir les meubles par la loi du domicile du propriétaire. Ici encore, et sur l'hypothèse particulière de la saisie, Ansaldus est d'une opinion contraire, uniquement fondée sur cette fiction, mais qui ne peut se soutenir dès que la fiction cesse d'être applicable (3).

Il y a plus : Casaregis va même jusqu'à prétendre que, si depuis qu'un privilége ou un droit de préférence a été acquis sur des marchandises, en pays étranger, elles sont transportées, par une circonstance indépendante de la volonté du créancier, dans le lieu où la faillite a été déclarée, le privilége n'en subsiste pas moins, malgré la loi qui régit la faillite : « *Per istam translationem de loco ad alium, non amittitur hypotheca vel potioritas quæ jam contracta fuit in priori loco, vigore alicujus consuetudinis vel legis particularis, licet in loco ad quem res transvectæ sint nulla hypotheca vel potioritas pro illis creditori competeret, vel ab initio competiisset* (4). » Mais je ne crois pas qu'on doive aller jusque-là. Si des marchandises ou autres objets mobiliers échappent à la loi réelle qui gouverne la faillite, lorsqu'ils sont en pays étranger, ils tombent sous le coup de cette loi dès qu'ils sont en France ; et de même qu'en pays étranger le statut réel qui établit l'égalité entre les créanciers était sans force, de même aussi, en France, le statut réel

(1) *Loc. cit.*, n. 25 et suiv.

(2) Voy. n. 551 et 555.

(3) *Concordia bonâ fide et ad utilitatem omnium geritur per creditores, nec inspicitur utrum effectus debitoris in ditione vel extrà, cum æs alienum universum patrimonium respiciat, neque restringitur ad facultates certi loci, sed bona omnia ubique existentia favore omnium creditorum amplectatur.* Ansaldus, discurs. 11, n. 20.

(4) Discurs. 130, n. 29.

étranger qui permettrait d'acquérir un droit de préférence sur ces marchandises, est comme non avenu lorsqu'elles ont échappé à son empire.

Il faut remarquer au surplus que les solutions ci-dessus, relatives à l'effet de la faillite en pays étranger, ne sont applicables que dans le cas où la faillite, déclarée en France, n'est pas reconnue ou déclarée judiciairement en pays étranger, et réciproquement. Si une faillite est déclarée à la fois dans plusieurs pays, l'état de faillite sera réglé relativement aux biens situés dans chaque pays par la loi locale (1).

558. La prescription, qui est un moyen d'acquérir une chose ou de se libérer d'une obligation, est toujours régie par le statut réel, puisqu'elle a toujours pour objet une chose, ou un droit qui se rapporte à une chose. Mais il y a quelque difficulté sur le point de savoir par quel statut réel ou local elle doit être régie, suivant la situation de la chose, le domicile du débiteur et du créancier, ou le lieu de l'exécution du contrat.

Il faut d'abord distinguer entre la prescription acquisitive d'une chose, et la prescription extinctive d'un droit ou d'une action.

La prescription qui a pour objet l'acquisition d'une chose, se règle par la lôi du lieu de la situation de cette chose. « *Aut statutum*, dit Dumoulin, *disponit de præscriptione vel usucapione rerum corporalium, sive mobilium sive immobilium, et tunc inspicitur indistinctè locus ubi res est* (2). » S'il s'agit d'un immeuble, sa situation est au domicile de celui qui oppose la prescription, puisque la prescription suppose la possession et que la possession détermine la situation (3).

On doit en dire autant de la prescription libératoire, ou extinctive d'une action réelle ou hypothécaire : cette action, ne

(1) Bruxelles, 6 juin 1816; M. Merlin, *Répert.*, v° *Faillite*, sect. II, § 2, art. 10, t. XVI, p. 344. Sur le point de savoir quelle est l'autorité pour la déclaration de faillite dans un pays, d'un jugement déclaratif rendu dans un autre, voy. *inf.*, sect. V.

(2) Sur la loi *Cunctos;* M. Troplong, *Prescript.*, n. 59 ; Pothier, *Prescript.*, n. 247 ; M. Merlin, *Répertoire*, v° *Prescription*, sect. I, § 3, n. 7, t. XVII, p. 405.

(3) *Contrà*, Pothier, n. 251, quant aux meubles; mais voy. *sup.*, n. 555.

pouvant être considérée séparément de la chose à laquelle elle se rapporte, la prescription qui s'y applique se trouve nécessairement régie par la loi de la situation de cette chose. Et ici, j'entends par actions réelles celles qui ont pour objet un meuble, aussi bien que celles qui se rapportent à un immeuble, avec cette différence que la situation de l'immeuble est toujours la même, tandis que celle du meuble, si elle n'est pas déterminée par une circonstance particulière qui la fixe en un certain lieu (1), suit le domicile du propriétaire ou du possesseur contre lequel l'action est intentée.

559. Mais il y a plus de difficultés lorsqu'il s'agit de la prescription libératoire et extinctive d'une action personnelle qui n'a pas d'autre objet que le payement d'une obligation. Plusieurs systèmes peuvent alors se présenter. Le premier, qui fait régir la prescription par la loi du domicile du créancier; le second, par la loi du domicile du débiteur; le troisième, par la loi du lieu où la demande doit être portée; le quatrième, par la loi du lieu où le contrat s'est formé; le cinquième, enfin, par celle du lieu du payement.

Pothier (2) est le seul auteur qui admette le premier système, et qui fasse régir la prescription par la loi du domicile du créancier. Son raisonnement est plus spécieux que juste (3). « Les choses qui n'ont point de situation, dit-il, telles que les rentes constituées et les meubles, sont régies par la loi qui régit la personne de celui qui en est propriétaire, c'est-à-dire par la loi du lieu où est son domicile : c'est donc la loi de ce lieu qui en doit régler la prescription, et le propriétaire ne peut être dépouillé des choses qui lui appartiennent que par une loi à laquelle il soit soumis. » Mais de même que celui qui se prétend propriétaire d'un meuble qu'il ne possède plus, ne saurait être fondé à faire régir ce meuble par une loi qui n'est plus celle de sa situation réelle et effective, et à argumenter de sa qualité de propriétaire, lorsque la question est précisément de savoir s'il l'est encore, de même aussi, le

(1) Voy. *sup.*, n. 555.
(2) *Prescription*, n. 251.
(3) Voy. M. Troplong, *Prescription*, n. 38, note 4.

créancier qui n'a pas réclamé son payement à l'échéance du terme, et qui a permis au débiteur d'acquérir un droit contraire et de se libérer, ne peut présenter sa qualité de créancier comme préférable à celle du débiteur, sans mettre en fait ce qui est en question. Ce serait tourner dans un cercle vicieux; car il est manifeste que, dans ce cas, le débiteur ou le possesseur serait fondé, aussi bien que le créancier ou le propriétaire, à prétendre qu'il ne peut être privé de son exception par une loi à laquelle il n'est pas soumis. Sans doute, en ce qui concerne l'avantage du créancier ou de ses ayants cause, les actions personnelles sont régies par la loi de son domicile. Mais, comme le fait très-bien remarquer M. Merlin (1), d'après Burgundus, il en est autrement lorsqu'il s'agit de l'intérêt du débiteur. « *Rectè creditum dicimus esse in creditore, relatione factâ ad terminum causamque ipsius obligationis. De cætero ibi existere dicimus ubi fixit domicilium creditor, quamvis solutio in aliam provinciam sit collata... Sed hæc accipienda sunt de jure quod utilitatem et favorem respici ipsius creditoris vel eorum qui ex ejus capite causam et successionem asserunt. E contrà verò, si favorem et interesse ipsius debitoris statutum respexerit, ea quæ ex naturâ suâ nullius sunt loci, ex domicilio et personâ débitoris legem accipient* (2). »

Il faut donc chercher la raison de décider dans un autre ordre d'idées, et conséquemment recourir à un autre système.

Le second système qui fait régir la prescription par la loi du domicile du débiteur, se fonde sur de graves autorités. De ce que la prescription libératoire est une exception introduite dans l'intérêt du débiteur, il a paru naturel et logique d'en conclure qu'elle était régie par le domicile du débiteur (3). « La loi qui déclare une dette prescrite, dit M. Merlin (4), n'anéantit pas le droit du créancier en soi; elle ne fait qu'opposer une barrière à ses poursuites; et dès lors il est évident qu'elle ne

(1) *Répert.*, v° *Prescription*, sect. I, § 3, n. 7, t. XXVII, p. 404.

(2) *Ad consuetud. Flandriæ*, 2e traité, n. 23.

(3) Cass., 13 janvier 1869; D., 69. 1. 135.

(4) *Répert.*, v° *Prescription*, sect. I, § 3, n. 7, t. IX, p. 493.

peut être établie par la loi du domicile du créancier, mais seulement par la coutume du domicile du débiteur. » Telle est également la doctrine de Voët (1) : « *Si præscriptioni implendæ*, dit-il, *alia præfinita sint tempora in loco domicilii actoris, alia in loco ubi reus domicilium fovet, spectandum videtur tempus quod obtinet ex statuto loci in quo reus commoratur.* » Mais, cette opinion admise, il s'élève de nouveaux doutes quand le débiteur a changé de domicile depuis le contrat, sur le point de savoir si la prescription doit être réglée par la loi du domicile qu'il avait lors du contrat, ou par celle de son domicile au moment de la demande. Les uns inclinent pour ce dernier domicile, parce que, suivant eux, le créancier doit s'imputer à lui-même de n'avoir pas actionné le débiteur dans son nouveau domicile, avant l'expiration du terme qui y est fixé pour la prescription par la loi en vigueur (2); les autres, au contraire, se prononcent pour la loi du domicile qu'avait le débiteur quand il s'est obligé (3) : solutions qui paraissent aussi arbitraires l'une que l'autre, dans un système qui ne tient compte que de la circonstance du domicile pour déterminer quelle loi doit être suivie.

Un troisième système veut que la prescription soit réglée par la loi du lieu où la demande doit être portée, par le motif que la prescription se rapporte moins à la validité et à la substance du contrat, qu'à son exécution : « *Ratio hæc est, quod præscriptio et executio non pertinent ad valorem contractûs, sed ad tempus et modum actionis instituendæ quæ per se quasi contractum separatumque negotium constituit* (4). »

Mais suivant d'autres auteurs, et c'est ici un quatrième système, à bien considérer la nature de la prescription, la durée d'une action fondée sur une convention regarde la substance même de cette convention et ses effets immédiats, puisque l'obligation dépend de la durée de l'action ; d'où l'on a cru devoir conclure que cette durée, ou, ce qui revient au même,

(1) *Pand.*, liv. XLIV, tit. v, n. 12.
(2) M. Merlin, *ubi sup.*
(3) M. Pardessus, n. 1495.
(4) Huber, *De conflictu legum*, n. 7 ; et *De jurisprud. univers.*, liv. III, ch. xi, § 34.

que la prescription devait être réglée par la loi du lieu du contrat (1). Cette opinion a, sur celle qui la précède, un avantage pratique incontestable. Il est évident, en effet, que si l'on admet pour règle de la prescription la loi du lieu où est portée l'action, on arrivera à cette conséquence déplorable que le créancier pourra faire varier à son choix la durée de la prescription, suivant qu'il portera sa demande devant le tribunal du domicile du défendeur, devant celui du lieu dans lequel la promesse a été faite et la marchandise livrée, ou devant celui dans l'arrondissement duquel le payement devait être effectué (2), et qu'il pourra ainsi la rendre incertaine : de telle sorte que, contrairement au but de la prescription, qui est de déterminer, par un laps de temps certain, les droits des débiteurs et des créanciers, on arriverait à les rendre incertains et variables : « *Nam si actioni non nisi secundum leges ubi judicium instituitur, præscriberetur, interdum incertissima forent prescriptionis tempora, quoniam unus homo diversis locis non rarò potest conveniri* (3). » Néanmoins je ne la crois pas fondée en droit; car s'il est vrai de dire que la prescription touche à la force même de l'obligation dont elle a pour effet de libérer l'obligé, il n'en est pas moins vrai qu'elle ne se rapporte qu'à l'exécution contre laquelle elle est une exception, et qu'elle naît précisément de cette exécution ou du temps dans lequel elle a lieu. Il n'est donc pas possible de se référer au temps du contrat pour trouver la loi de la prescription. Mais il n'est pas possible, non plus, de se référer à celle du lieu où la demande est formée, bien que cette demande donne naissance à l'exception, parce que ce serait subordonner le mérite de l'action à la compétence, et faire régir le fond par la forme (4).

(1) M. Rocco, p. 375; M. Demangeat sur Fœlix, t. I, p. 242, note *a*.

(2) Cod. proc., 420.

(3) Hertius, *De collis. leg.*, § 65.

(4) *Locus enim judicis vel forum in quo lis vertit nullatenus efficit quod jura partium in decisoriis cognoscantur et decidentur secundum illius statuta... Neque pariter obstat quod judex debeat etiam circa decisoria judicare secundum statutum loci contractus, ex eo quod contrahentes dicuntur contraxisse secundum leges et consuetudines ejusdem loci, licet id non expresserint in contractu, quia ea conclusio procedit tantum in his quæ oriun-*

Il faut donc arriver au dernier système, qui évite ces inconvénients, tout en se rattachant d'ailleurs au principe par lequel on rapporte la prescription, non à la formation du contrat, mais à son exécution. Ce système fait prévaloir la loi du lieu de payement ou de l'exécution, quand un lieu a été indiqué; et celle du domicile du débiteur, quand aucun lieu n'a été indiqué pour le payement, parce qu'alors c'est à ce domicile que l'obligation est payable (1). « La raison en est simple, dit M. Troplong (2); la prescription afin de se libérer est, en quelque sorte, la peine de la négligence du créancier. Or, dans quel lieu le créancier se rend-il coupable de cette faute? C'est évidemment dans le lieu où il doit recevoir son payement. Donc il encourt la peine établie dans ce lieu; donc la prescription qu'il doit subir se règle par la loi du même lieu. » M. Troplong cite à l'appui un arrêt du sénat de Chambéry, de 1593, qui aurait ainsi jugé, dans une espèce rapportée par le président Favre (3). Dans ce système qui se dessine mieux que les autres et qui repose sur des considérations prises dans la nature même de la prescription, on évite les difficultés qui naissent dans celui qui se rattache au domicile, du point de savoir, au cas de changement de domicile, à laquelle des différentes résidences successives il faut demander une règle. Car si le payement doit avoir lieu au domicile du débiteur, il est évident, que, à moins de conventions contraires, cela doit s'entendre du

tur secundum naturam contractus, de tempore ipsius contractus, nullo facto extrinseco occurrente; secus in his quæ oriuntur post contractum perfectum, ob negligentiam factam, vel moram à debitore commissam, quia in his non attenditur locus contractus, sed ille in quo negligentia vel mora commissa fuit. Casaregis, discurs. 130, n. 25 et suiv.

(1) *Aut quærimus quis locus inspiciatur quoad extinctionem actionis, propter præscriptionem statutariam vigentem in uno loco, et non in alio ubi statuta locorum sunt diversa, et certum est quod inspicitur locus destinatæ solutionis.* Everard, consil. 78. — *Inspicitur statutum loci destinatæ solutionis si agitur de extinctione actionis per præscriptionem statutariam vigentem in uno loco et non alio.* Christianæus, vol. I, decis. 283, n. 12. — Tel est aussi l'avis de Burgundus, tract. 4, n. 27; et de M. Demangeat sur Fœlix, t. I, p. 222, note *a*.

(2) *Prescription*, n. 38. — Voy. aussi le passage de Casaregis cité en note du numéro précédent.

(3) *Code*, lib. I, tit. v, def. 3, p. 41.

domicile actuel du débiteur, du domicile où le payement est réclamé, et que c'est alors ce domicile qui règle la prescription. J'ai donc de la peine à m'expliquer pourquoi M. Pardessus (1), qui reconnaît que la prescription doit être réglée par la loi du lieu où le débiteur a promis de payer, veut que dans le cas où ce lieu n'est pas déterminé, et où par conséquent le payement doit être demandé au domicile du débiteur, la prescription soit réglée par la loi du domicile qu'avait le débiteur au moment où il s'est obligé, bien que, s'il y a eu changement, le payement ne doive pas être fait à ce domicile.

560. Il suit de là qu'une lettre de change, par exemple, se prescrit, relativement au tiré, par la loi du lieu où celui-ci doit payer, et relativement aux endosseurs, codébiteurs et cautions solidaires, par la loi du lieu où le payement doit leur être demandé par voie d'action récursoire (2); ce qui, d'ailleurs, n'empêche pas ces codébiteurs ou cautions de se prévaloir de la prescription qui s'est accomplie en faveur du débiteur principal, parce que c'est là une exception inhérente à la dette, et dont ils doivent par conséquent profiter (3).

561. Les distinctions, que j'ai indiquées plus haut (4), sur le point de savoir si les conventions matrimoniales sont régies par le statut réel ou par le statut personnel, donnent le moyen de décider si les immeubles dotaux, situés en pays étranger, d'une femme mariée en France sous le régime dotal, sont imprescriptibles comme ceux qui sont situés en France : ils sont régis par le statut réel, et suivent par conséquent la loi de leur situation.

Je passe maintenant à l'examen de la validité et des effets, dans un pays, des actes passés dans un autre.

(1) N. 1495.

(2) Cass., 29 sept. 1829 (S., 9. 1. 373; Paris, 9 mars 1836 (S., 36. 2. 457; Pothier, *Contrat de change*, n. 155; Nouguier, *Lettres de change*, t. I, p. 477). — Voy. cependant Alger, 13 août 1848 (S., 49. 24. 264).

(3) Code civ., 2036, M. Pardessus, n. 1495.

(4) Voy. n. 548.

§ II. — *De la validité, de la forme et des effets des actes passés en pays étranger.*

SOMMAIRE. — 562. Il est naturellement permis de contracter partout. Limites et conditions de cette faculté. — 563. Conditions relatives à la forme des actes. Lois qui règlent cette forme. — 564. Ce qu'on entend par le lieu du contrat.

562. Il est naturellement permis de contracter en pays étranger, ou du moins d'y faire tous les contrats qui sont du droit des gens; conséquemment, tous ceux qui se rattachent au commerce. Cette liberté naturelle ne cesse que devant la prohibition d'une loi locale qui interdit certains actes aux étrangers, ou d'une loi du pays auquel l'étranger appartient qui lui interdit de faire certains actes hors de sa patrie : et même dans l'un et l'autre cas, l'acte n'est pas absolument nul; seulement, s'il est fait en contravention à une loi locale, il ne pourra être mis à exécution dans le pays où il a été fait, mais rien ne s'opposera à ce qu'il produise effet partout ailleurs. Et si, bien que permis par la loi locale, il est défendu par la loi personnelle de l'étranger contractant, cet étranger qui ne pourra lui faire obtenir aucun effet dans sa patrie, n'éprouvera aucun obstacle pour le mettre à exécution dans tout autre lieu.

Lors donc que des contrats ou des actes sont faits en pays étranger, leur validité en eux-mêmes ou quant à leur objet doit être appréciée suivant les principes généraux du droit des gens ou du droit naturel, sauf l'application des lois civiles qui les modifient.

563. Mais les actes et les contrats, lors même que l'écriture n'est pas de leur essence, ont cependant besoin, dans presque tous les cas, de recevoir une forme qui les constate en les matérialisant, et fasse foi de l'accomplissement des conditions requises. Cette forme, qui est tantôt relative à la substance de l'acte, ou intrinsèque, tantôt purement extérieure ou extrinsèque, varie suivant les lieux et suivant les lois. Il en est de même des effets des actes auxquels les différentes législations accordent une portée variable, soit quant à son étendue, soit quant à sa nature.

Il s'agit donc de déterminer ici d'abord la forme des acte

faits en pays étranger, ensuite les effets de ces actes ; c'est à-dire de savoir par quelle loi ils doivent être régis quant à leur forme, leurs effets et leur exécution.

C'est ce que nous allons examiner dans les deux divisions suivantes, en ayant soin de déterminer d'abord, et une fois pour toutes, ce qu'on doit entendre en cette matière par *le lieu du contrat*, parce que cette locution se représentera souvent dans la suite, et que la loi de ce lieu doit exercer une influence décisive sur la validité et les effets de ces contrats.

564. Le lieu du contrat est, d'après le sens logique et grammatical de cette expression, le lieu où est intervenu le consentement réciproque des parties, où elles se sont liées soit verbalement, soit par écrit.

Cependant un texte romain, la loi 21, ff. *De obligationibus et actionibus* semble au premier abord indiquer que le lieu du contrat est celui où il doit recevoir son exécution : « *Contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur in quo ut solveret se obligavit.* » On est réputé contracter dans le lieu où on s'engage à payer.

Mais, d'après les meilleurs interprètes, cette loi n'a pour objet que d'expliquer la règle du droit romain, suivant laquelle le juge du lieu où un contrat a été passé, est compétent pour connaître des actions auxquelles ce contrat donne naissance entre les parties contractantes (1) ; et elle signifie seulement que, sous le rapport de la compétence, le lieu de l'exécution ou du payement, doit être considéré comme le lieu du contrat même. C'est ce que dit Brunemann sur cette loi (2) : « *Hoc benè notandum hanc legem locum habere tantum in quæstione ubi quis forum sortiatur ; sed quoad omnes alios effectus, attenditur potius locus in quo verba contractus fuerunt prolata.* » D'autres accordent à cette loi un sens plus étendu, et veulent qu'elle se rapporte à certaines conséquences de l'acte qui sont régies par la loi du lieu de l'exécution (3) ; mais tous sont d'accord pour dire que le lieu du contrat est

(1) L. 19, § 2, et L. 45, ff. *De judiciis*.
(2) *Commentarii ad Pandectas*.
(3) Voy., sur les conséquences et les suites des actes, *inf.*, art. 2.

celui où il est devenu parfait, et pour puiser dans la loi de ce lieu toutes les règles qui doivent être prises dans la loi du lieu du contrat (1).

Remarquons, au surplus, qu'il peut arriver que les parties en contractant dans un lieu aient agi, en certains cas, comme si elles étaient dans un autre, par exemple dans le lieu indiqué pour l'exécution auquel elles se reportaient mentalement, et qu'alors il peut être vrai de dire, quand il s'agit d'apprécier l'acte, que le lieu du contrat n'est pas celui de sa rédaction matérielle, mais celui de son exécution (2).

Article 1. — De la validité et de la forme des actes faits en pays étranger.

565. Le principe général en cette matière est que la forme des actes qui constatent la convention est régie par la loi du

(1) M. Merlin, *Répert.*, t. XVI, p. 649.
(2) Voy. *inf.*, n. 577.

lieu dans lequel ils sont faits ou passés : *Locus regit actum.* Mais cette maxime n'est pas absolument vraie. De nombreuses exceptions et des distinctions fondamentales en réduisent singulièrement les proportions. On courrait donc risque de s'égarer, en la prenant pour guide, sans la discuter ; et c'est dès lors avec raison que, dans la rédaction définitive de l'article 3 du Code civil, on a repoussé le projet qui en faisait une disposition légale, sans en indiquer ni l'esprit, ni la portée (1). Cependant des législations étrangères ont cru devoir reproduire cette maxime purement et simplement (2), ou sous condition de réciprocité (3), s'en remettant sans doute à la doctrine et à la jurisprudence du soin d'en assigner les limites et d'en déterminer le sens.

Les formalités des actes, en quelque lieu qu'ils soient passés, peuvent être considérées relativement à la capacité des contractants; relativement à la nature ou à l'objet du contrat; et enfin relativement aux solennités et aux conditions, qui tiennent moins à son essence qu'à sa forme. De là trois sortes de formalités : les formalités *habilitantes*, *intrinsèques* et *extrinsèques*. M. Merlin (4) en admet une quatrième espèce, les formalités d'exécution, telles que l'enregistrement, la mise en grosse, etc., mais on peut les considérer jusqu'à un certain point comme formalités extrinsèques.

566. Il est d'abord évident, en ce qui concerne les formalités habilitantes, qu'elles ne peuvent en aucun cas dépendre de la loi du lieu où l'acte est fait, mais seulement de la loi personnelle aux parties contractantes. C'est la conséquence des règles qui ont déjà été développées sur le statut person-

(1) Locré, t. 1, p. 393, 433 et 478; M. Merlin, *Répert.*, v° *Loi*, § 6, n. 7.

(2) Loi prussienne, part. I, tit. V, § 3 : « La ferme d'un contrat sera jugée d'après les lois du lieu où il aura été passé. » Loi hollandaise, du 15 mai 1829, art. 10 : « La forme de tout acte est régie par les lois du lieu ou du pays où il a été fait.

(3) Code civil sarde, art. 1418 : « Les actes et contrats passés en pays étranger suivant les formes qui y sont prescrites, ont la même force que celle qui est accordée dans ce pays aux actes et contrats passés dans les États. »

(4) *Répert.*, v° *Loi*, § 6, n. 7, t. XVI, p. 695.

nel : la loi qui défend au mineur, à la femme mariée de contracter s'ils ne sont pas habilités par certaines formalités préalables, les suit en pays étranger. Ici donc la règle *Locus regit actum* reste sans application.

567. Quant aux formalités intrinsèques, il faut distinguer celles qui tiennent à la nature même du contrat de celles qui tiennent à son objet. On peut donner pour exemple des premières, de celles qui tiennent à la nature même et à l'essence de l'acte, le consentement des parties dans tous les contrats; la chose et le prix dans la vente, la tradition de la chose prêtée dans le prêt; la valeur fournie dans un contrat de change. Or, on voit que les formalités ou conditions, sans l'accomplissement desquelles il n'y aurait pas de contrat, ne peuvent dépendre d'une législation plutôt que d'une autre, parce que, dans quelque lieu qu'on contracte, ces formalités sont nécessairement les mêmes. Il ne peut y avoir de différence que dans la manière dont l'acte constate leur accomplissement; mais c'est alors l'interprétation du contrat qui fait juger de sa validité; et bien que ce qui est ambigu dans une convention doive s'interpréter par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé (1), on ne peut pas dire cependant que l'application de cette règle soumette l'acte à une loi locale et particulière quant aux conditions qui tiennent à sa nature même, aux principes généraux du droit et aux règles du sens commun.

Les autres formalités intrinsèques, celles qui tiennent à l'objet du contrat, ne sont pas non plus régies par la loi du lieu où le contrat est passé, alors du moins qu'elles se rapportent au statut réel. C'est ainsi qu'une constitution d'hypothèque consentie en pays étranger sur des biens situés en France ne sera valable que si elle est faite par acte authentique; c'est ainsi encore que la loi de la situation régit la disponibilité des biens, la forme des actes translatifs de propriété soit à titre onéreux, soit à titre gratuit : règle génerale à laquelle l'article 990 du Code civil a fait une exception nécessaire en matière de testament, en permettant au Français

(1) Cod. civ., 1159.

qui se trouve en pays étranger de faire ses dispositions testamentaires par acte authentique, avec les formes usitées dans le lieu où l'acte est passé (1).

568. C'est ici le lieu de remarquer, quant à l'objet ou quant à la cause des contrats, qu'un acte directement contraire aux lois d'un pays étranger, et fait précisément dans le but de violer ces lois, n'en est pas moins valable et obligatoire lorsqu'il n'est pas contraire aux lois du pays dans lequel il est fait ou exécuté. On peut citer comme exemple les contrats qui ont pour objet la contrebande à l'étranger, soit qu'il s'agisse de s'associer pour faire cette contrebande (2), soit qu'il s'agisse d'assurer les marchandises ou le navire contre les risques auxquels les expose ce dangereux commerce (3). Sans doute, chaque État, ayant le droit d'établir des prohibitions douanières, a par cela même le droit de punir ceux qui enfreignent ces prohibitions, quels qu'ils soient, nationaux ou étrangers (4), et de réprimer sur son territoire toutes les tentatives qui sont faites pour l'introduction ou l'importation frauduleuse de marchandises prohibées ou taxées par les lois locales. Mais les États ne sont pas également tenus de surveiller et de punir leurs nationaux pour la contrebande que ceux-ci font en pays étranger. En violant les lois étrangères, les nationaux qui s'exposent à la vindicte des lois étrangères, quand celles-ci parviennent à les saisir, s'ils réussissent à rester hors de leur atteinte, n'ont aucun compte à rendre aux lois de leur pays qu'ils n'ont pas violées. La contrebande est un vice commun à toutes les nations, une sorte de guerre qu'elles se font les unes aux autres, et un moyen commercial qui est permis aux unes par la raison que les autres se le permettent (5). Si donc les marchandises dont l'importation et l'ex-

(1) V. les art. 656 et 657 du Code russe, et l'art. 32 d'une loi du royaume de Grèce, en date des 11-23 fév. 1830.

(2) Cass., 25 août 1853 (Dev., 85. 1. 673.)

(3) Cass., 25 mars 1835 (Dev., 35. 1. 804); Aix, 30 août 1833 (*ibid.*, 34. 2. 161).

(4) Voy. *supr.*, n. 118.

(5) ..... *Rectè quidem ad barbaros leges frumentum exportari et venundari vetant; nam perniciosum romano imperio et proditioni proximum, barbaros quos indigere convenit frumento adjuvare* (*ut in* l. 2, *C. quæ res*

portation sont défendues en France ne peuvent y être assurées, on peut y assurer les importations ou exportations prohibées dans les pays étrangers, et les assurés ont en France une action contre leurs assureurs dans le cas où la marchandise a été confisquée par l'autorité étrangère dont son transport violait les lois particulières. Cette distinction, très-bien établie par Émergion (1) et Valin (2), d'après Straccha, est vivement combattue par Pothier (3) dont la conscience d'honnête homme, n'envisageant que la moitié de la question, considérait le fait de contrebande seulement dans ses rapports avec l'État étranger aux lois duquel il est contraire; sans remarquer que, loin d'être contraire aux lois du pays dans lequel le contrat est passé ou doit être exécuté, il rentre au contraire dans leur esprit qui est de faciliter d'autant plus les importations et les exportations qu'elles sont plus sévèrement défendues par les lois étrangères, et qu'en définitive la contrebande rétablit entre les rapports commerciaux une balance qui serait continuellement rompue, si une nation trop scrupuleuse s'abstenait d'un commerce interlope que se permettent les nations voisines (4).

M. Delanglé qui, dans son *Traité des Sociétés commerciales* (5), embrasse la même opinion que Pothier, puise un argument dans une assimilation qui nous paraît inexacte en fait comme en droit. « Dans une partie des États-Unis, dit-il, le commerce des Noirs est permis. Supposons que des Français se sont associés pour cet odieux trafic, et qu'ils l'ont fait dans le pays même qui l'autorise; seront-ils écoutés en France si, divisés sur le partage, ils ont recours aux tribunaux?... » — Non, sans doute, une société pour la traite des

export.); *at aurum barbaris subtili auferri ingenio jura sinunt* (l. 2, *C. de comm. et merc.*). *Si ergo aurum, pari ratione frumentum quo vivimus.* — Straccha, *De assecurat.*, gloss. 5 n. 5.

(1) Chap. VIII, sect. v. V. aussi Fœlix, t. I, p. 236 note 1.

(2) Sur l'art. 49 du titre *Des assur.*, ord. de 1681.

(3) *Des assur.*, n. 35. V. dans le sens de Pothier M. Demangeat sur Fœlix, p. 236, note *a*.

(4) M. Pardessus, n. 1492.

(5) T. I, n. 101.

Noirs, bien que faite en pays étranger, ne sera pas valable en France, parce que la loi française interdit la traite des Noirs, et qu'on ne peut venir dans un pays y poursuivre l'exécution d'une convention contraire aux lois d'ordre public de ce pays, bien que conforme d'ailleurs aux lois du pays dans lequel elle a été passée. Mais qu'une association soit faite en France, dans le but de fournir des Nègres à un pays qui a des esclaves, et que les associés aillent plaider dans ce pays, leur action y sera assurément accueillie ; il en serait de même si l'association formée dans un pays à esclaves avait pour but une introduction de Noirs dans des colonies françaises ou anglaises. L'hypothèse dans laquelle se place M. Delangle est donc à côté de la question. En droit, d'ailleurs, il n'y a aucune assimilation à établir entre la traite des Noirs, qui est contraire au droit naturel, et la contrebande, qui n'est contraire qu'à des lois d'établissement humain, dont l'effet étant de restreindre une faculté naturelle doit être limité aux actes faits sous l'empire des lois qui les prohibent.

Mais il faut reconnaître avec M. Delangle (1) qu'il en serait autrement si la contrebande avait eu lieu à l'aide de la corruption exercée sur les employés des douanes du pays, dont on voudrait frauder les droits ; la corruption, quel que soit le but qu'elle se propose, étant contraire aux principes de morale universelle qui dominent toutes les lois. C'est ce qui a été jugé par la cour de Pau, le 11 juillet 1834 (2).

Il en serait autrement encore, s'il y avait entre deux nations une association douanière, ou un traité de commerce, qui leur rendît communes les mêmes prohibitions, et par lequel elles s'engageraient à s'interdire réciproquement tout commerce de contrebande. Dans ce cas, les contrats qui auraient pour objet la contrebande de l'une à l'autre nation, se trouvant contraire aux lois de l'une et l'autre, seraient pareillement nuls chez l'une comme chez l'autre.

Il résulte, de ces différents principes, que ceux qui, en pays étrangers, se seront engagés à faire parvenir en France des

(1) T. I, n. 104.
(2) S., 35. 1. 673.

marchandises dont l'introduction y est prohibée, ne pourront y être actionnés, afin d'exécution d'une obligation que la loi française ne peut reconnaître; tandis qu'au contraire, ceux qui se seront engagés à y introduire des marchandises, dont la loi du pays où elles se trouvent prohibent l'exportation, et dont la loi française permet l'importation, pourront y être actionnés et condamnés en des dommages-intérêts, s'ils ne remplissent pas l'obligation qu'ils ont contractée, alors du moins qu'ils avaient connaissance de la prohibition qui frappait la marchandise objet du contrat.

569. Celui d'ailleurs qui a vendu en pays étranger à un étranger une chose que la loi du pays de cet étranger met hors du commerce, peut, alors que la livraison a eu lieu en pays étranger, poursuivre l'acheteur dans son propre pays, en payement du prix dont il est resté redevable, parce que le juge de l'acheteur n'aura pas alors à se préoccuper de la cause d'un contrat parfait et consommé dans un lieu où il était licite (1).

570. Le Français qui a souscrit en France des obligations en payement de billets pris dans une loterie étrangère, ne peut y être actionné en payement de ces obligations dont la cause est illicite, parce que la loi française (2) défend la publication et l'introduction en France des loteries étrangères (3). Mais si ces obligations ont été souscrites en pays étranger, dans un lieu où les loteries et les obligations qu'elles engendrent sont licites, le payement de l'obligation pourra-t-il être poursuivi en France? Je ne le crois pas. La loi française qui, dans un intérêt d'ordre public et intérieur, prohibe les loteries étrangères, ne peut pas les admettre sous prétexte

(1) *Innanzi al magistrato si anderebbe solamente per costringere il compratore alla soluzion del prezzo, ch'è pure un effetto immediato del contratto di compravendita perfezionato et consumato.* M. Rocco, p. 373 — Huber, *De conflictu legum*, n. 5, va plus loin encore: *Si clàm fuerunt venditæ merces in loco ubi prohibitæ sunt, emptio venditio non valebit ab initio nec parit actionem quocumque loco instituatur, utique ad traditionem urgendam : nam si traditione factâ pretium solvere nollet emptor, non tam contractu quam re obligaretur, quatenus cum alterius damno locupletior fieri vellet.*

(2) Arrêt du Conseil du 20 septembre 1776 ; loi du 21 mai 1836.

(3) Paris, 25 juin 1829 (S., 9. 2. 290.)

que le contrat a eu lieu en pays étranger, puisque c'est précisément ce contrat étranger qu'elle entend repousser. Quant au Français qui se sera obligé en pays étranger, il ne pourra se prévaloir de sa loi nationale pour arrêter les poursuites dont il serait l'objet dans ce pays : « *Statutum*, dit Casaregis (1), *intelligit semper disponere de contractibus factis intrà et non extrà territorium suum.*

571. Je passe maintenant aux formalités extrinsèques qui provoquent d'une manière plus régulière l'application de la règle *locus regit actum.* Je m'occuperai d'abord des formalités extrinsèques proprement dites, réservant l'examen ultérieur des formalités d'exécution.

Quand les nationaux contractent dans leur pays, l'acte par lequel se formule le contrat est valable partout, s'il est conforme aux lois de ce pays. Il ne peut y avoir d'exception à cette règle qu'autant que l'acte en lui-même serait contraire aux lois prohibitives du pays dans lequel les contractants voudraient le mettre à exécution.

Lorsque des étrangers contractent avec des nationaux, la forme de l'acte se règle naturellement par la loi du lieu : un étranger, qui contracte en France avec un Français, suit la loi française ; et, lorsqu'il s'agit d'une formalité exigée à peine de nullité, l'étranger ne pourrait se prévaloir de sa qualité d'étranger pour se soustraire à l'observation de la loi locale. *Ratione actuum subjiciuntur cujusque generis personæ*, dit Hert (2), *etiam advenæ sive exteri, vel transeuntes vel negotiorum suorum causâ ad tempus in civitate commorantes, quatenus nimirum ibi agunt, verbi gratiâ, contrahunt.* » L'étranger devient, quant à ses actes, sujet temporaire de l'État dans lequel il agit, tout en restant soumis d'ailleurs, quant à sa personne, aux lois de son pays. « *Si quis ut advena*, dit encore Hert (3), *vel peregrinus in aliquâ civitate commoretur, ratione actuum quos ibi celebrat, imperio ejus civitatis summo subest, et de cætero retinet personam quam à civitate suâ habet impositam.* »

(1) *Discurs.* 30, n. 15.
(2) *De subject. territor.*
(3) *Dissert. de uno homine plures sustinente personas*, sect. II, § 13.

Il en est de même lorsqu'il s'agit d'un acte unilatéral fait par un étranger, ou d'un acte bilatéral ou synallagmatique fait par deux étrangers, en tant du moins que l'acte doit être mis à exécution dans le lieu où il est fait.

Si, au contraire, l'acte doit être mis à exécution dans le pays de cet étranger, celui-ci peut disposer ou contracter dans la forme de son pays, à moins qu'il ne s'agisse d'un acte dont la perfection exige des solennités qui obligent l'étranger à recourir aux autorités locales, et conséquemment aux formes que doivent suivre ces autorités; ou bien encore à moins que la loi personnelle de cet étranger ne prescrive une forme spéciale pour les actes qu'il fait hors de sa patrie.

572. En d'autres termes, l'observation de la règle *locus regit actum* est facultative pour les étrangers, en ce sens que lorsque les lois de leur pays ne leur prescrivent pas l'emploi d'une forme particulière, pour les actes qu'ils font en pays étranger, et qu'il s'agit d'actes sous seing privé, ils peuvent toujours, quand ces actes doivent être mis à exécution dans leur patrie, se référer à ses lois et choisir, suivant leur convenance, entre elles et celles du lieu où ils s'obligent (1). On a cependant élevé des doutes sur cette faculté. — « Ce n'est point, dit M. Merlin (2), par un simple motif de convenance qu'on a donné, par rapport à la forme probante des actes, la préférence à la loi du lieu où ils sont passés, sur toutes les autres; les vrais principes seuls ont déterminé ce choix. En effet, les actes reçoivent l'être dans le lieu où ils sont passés; c'est la loi de ce lieu qui leur donne la vie; c'est elle par conséquent qui doit les affecter, les modifier, en régler la forme. » Et M. Merlin cite à cet égard ces paroles de Paul de Castres : « *Statutum afficit actus celebratos in loco statuentium, quia dicantur ibi oriri et nasci* (3). » — Dumoulin avait déjà dit dans le même sens : « *Est omnium doctorum sententia ubicumque consuetudo vel statutum locale dis-*

(1) M. Pardessus, n. 1486. — *Verumtamen non ita præcisè respiciendus est locus in quo contractus est initus, ut si partes alium in contrahendo locum respexerint, ille non potius sit considerandus.* Huber, *De conflict. leg.*, n. 10.

(2) *Répert.*, v° *Preuve*, sect. II, § 8, art. 1, n. 3.

(3) Consil. 3.

ponit de solemnitate vel formâ actûs, ligari etiam exteros ibi actum illum gerentes (1).

Mais il me semble que ces principes, rigoureusement vrais, quand l'acte doit être exécuté dans le lieu où il est fait, parce que la loi locale qui en assure l'exécution en règle nécessairement la forme qui est la condition de cette exécution, cessent d'être absolus quand l'acte doit être exécuté dans le pays des contractants. Comme c'est aux autorités de leur pays, qu'en cas de résistance ou de contestation ils demanderont d'en ordonner l'exécution, il suffira que ces autorités trouvent l'acte conforme à leurs lois qui sont celles des contractants, pour que cet acte doive être exécuté. La loi étrangère, sous l'empire de laquelle l'acte a été passé, devient alors complétement indifférente. Elle pouvait, sans doute, assurer la validité de l'acte conforme à ses dispositions, mais elle n'était pas indispensable. Celui qui s'oblige en pays étranger, lorsque l'acte par lequel il s'oblige doit être exécuté dans sa patrie, est présumé alors se reporter, par la pensée, aux lois de sa patrie absente, mais qui sera présente au jour de l'exécution. On peut dire dans ce cas, avec la loi romaine : « *Contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur, in quo ut solveret se obligavit* (2). » Telle est au surplus l'opinion d'un grand nombre de docteurs, parmi lesquels on remarque Paul Voët (3), Jean Voët (4), Rodemburg (5), et Hert, dont je ne puis m'empêcher de citer les paroles fort concluantes : « *Si inter duos celebratur, verbi gratiâ, pactum, et uterque paciscens sit externus et unius civitatis civis, dubitandum enim non est actum à talibus secundum leges patriæ factum, in patriâ valere* (6). »

Il ne faut pas perdre de vue que cette faculté n'existe que

(1) Consult. 43.
(2) Voy. *sup.*, n. 564.
(3) *De statut.*, sect. IX, ch. IX, n. 2.
(4) *Ad Pandect.*, lib. IV, part. II, n. 15.
(5) *De jure conjug.*, tract. prel., tit. II, cap. III.
(6) *De collisione leg.*, n. 10. *Obligatio extrà Galliam contracta pro simplici chirographo est in Galliâ*, dit Mornac. — Voy., dans le même sens, le projet de loi sur les lettres de change, pour le royaume de Saxe, cité par M. Fœlix, *Droit intern.*, p. 99.

pour les étrangers : celui qui contracte dans son pays, bien que son obligation doive être exécutée en pays étranger, n'en est pas moins tenu de suivre les lois de sa patrie, qui seules l'obligent ; sauf le cas où la situation de l'objet du contrat, en pays étranger, lui imposerait la nécessité de suivre des formes particulières (1).

573. Il y a plus de difficulté pour décider si cette faculté existe lorsqu'il s'agit d'actes passés par des nationaux et des étrangers. Ici, plusieurs hypothèses peuvent se présenter.

D'abord l'acte est synallagmatique ou unilatéral. S'il est synallagmatique et constitue ainsi une obligation réciproque, je serais porté à penser, toujours sauf le cas où il y aurait une loi contraire, que l'acte ne peut être obligatoire pour l'une des parties sans l'être en même temps pour l'autre. Si donc l'étranger s'est valablement obligé en suivant la loi de son pays, dans lequel la promesse doit être exécutée, le national envers lequel il s'est obligé et qui poursuit l'exécution de cette promesse ne pourrait être reçu, pour se dispenser d'accomplir la sienne, à se prévaloir de ce que l'acte n'est pas conforme aux lois de sa patrie.

Si, au contraire, l'acte est unilatéral, il faut distinguer entre le cas où l'obligation est contractée par un étranger, et celui où elle est contractée par un national. Dans le premier cas, nul doute que l'étranger, qui s'est obligé dans une forme qui lui était personnelle, ne soit réellement obligé et tenu d'exécuter, dans son pays, l'acte qui est conforme à ses lois. Dans le second, au contraire, le national qui contracte dans son propre pays, même envers un étranger, n'étant soumis qu'aux lois de son pays, peut opposer en pays étranger, lorsque l'exécution du contrat y est poursuivie, la nullité, qui résulte du non-emploi des formes prescrites.

Enfin, il peut y avoir des coobligés, et parmi ces coobligés des nationaux et des étrangers. Si le contrat est synallagmatique, il est obligatoire pour les coobligés comme pour les obligés principaux. S'il est unilatéral, les coobligés nationaux pourront se prévaloir, en ce qui les touche, de la nullité du

(1) Voy. *sup.*, § 1, art. 2.

contrat non conforme à la loi locale, sans que les étrangers cessent d'être tenus à l'exécution d'un acte conforme aux lois de leur patrie. Peu importe que les coobligés soient solidaires : l'exception prise de la non-observation d'une loi locale, étant purement personnelle à ceux qui sont régis par cette loi (1).

574. Quant aux contrats synallagmatiques ou unilatéraux, que feraient hors de leur patrie deux étrangers de nations différentes, ils seraient également valables s'ils étaient conformes aux lois du pays de l'un ou de l'autre des contractants, dans lequel ils devraient être mis à exécution.

575. Il ne faut pas oublier au surplus que, dans tout ce qui précède, il n'est question que des formalités extrinsèques et non des formalités intrinsèques qui, ainsi que nous l'avons déjà vu (2), sont régies, soit par le statut réel, soit par le statut personnel.

C'est ainsi qu'un contrat fait en pays étranger par un mineur ou une femme mariée, bien que conforme aux lois locales, est nul s'il n'est pas revêtu des formes voulues dans leur patrie pour qu'ils puissent valablement s'obliger. On présume alors qu'ils ne se sont rendus en pays étranger que pour y frauder les lois de leur pays. « *Contractus mulieris vel minoris celebratus extra territorium præsumitur factus in fraudem* (3). Par la même raison, celui qui, pour éviter l'observation des formes plus nombreuses ou plus minutieuses du pays dans lequel sont situés les biens qui font l'objet du contrat, se rend en pays étranger pour y contracter dans une forme plus simple, ou qui présente moins de garanties, fait un acte qui peut, suivant les circonstances, être déclaré nul et ne produire aucun lien dans sa patrie. » *Quantunque*, dit M. Rocco, *un atto sia fatto nel regno con tutto il corredo delle formalità qui prescritte, potrebe nelle peregirne contrade venir ripulsato come quello che pregiudichi alle prerogative territoriali*

(1) Code Civ., 1208.

(2) *Supr.*, n. 567.

(3) Card. de Luca, *De donationibus*, *discurs.* 76, n. 12; Ansaldus, *discurs.* 76, n. 12. — Voy. *suprà*, n. 544, 548 et 566.

della sovranità del luogo ove son collocati i beni, ovvero perché involga frode contra gli statuti imperanti in quel paese (1).

475 *bis*. Par la même raison, bien qu'une acte passé en pays étranger soit valable en France s'il est conforme à la loi étrangère, on n'en doit pas moins considérer comme nulles celles de ses clauses ou de ses énonciations contraires aux prohibitions de la loi française qui tiennent essentiellement à l'ordre public. Ainsi bien que les polices d'assurances maritimes souscrites par des Français en pays étrangers soient régies, quant à leurs formes et aux énonciations qu'elles doivent contenir, par la loi du lieu où le contrat est passé (2), cependant la police d'assurance, faite en pays étranger, dans laquelle il serait stipulé que l'assurance aura lieu soit que l'assuré ait un intérêt quelconque, soit qu'il n'en ait aucun dans le navire et le chargement, n'est valable et ne peut recevoir son effet en France, quelle que soit d'ailleurs à cet égard la législation du pays où elle a été passée, que jusqu'à concurrence de l'intérêt justifié par l'assuré, une telle police ayant pour le surplus le caractère d'un jeu ou d'un pari (3).

Par la même raison, on doit décider que la police d'assurance passée dans un pays étranger où la loi ne prohibe pas l'assurance du fret non acquis, ne peut avoir aucun effet en France, l'article 347 du Code de commerce qui prohibe l'assurance du fret non acquis ayant le caractère d'une loi de police et d'ordre public (4).

Mais par contre, il a été jugé par la Cour de cassation le 23 février 1864 (5), qu'au cas d'un contrat passé en pays étranger entre un entrepreneur de transports étranger et un voyageur français, c'est d'après la loi du lieu du contrat que doit être décidée la question de savoir si, aux termes de ce contrat, l'entrepreneur de transports serait ou non exonéré de la responsabilité de la perte des bagages du voyageur : cette

(1) P. 299.

(2) Emerigon, *Des assur.*, t. I, p. 122; Merlin *Rép.* v° *Polices d'assur.*; M. Alauzet, *Des assur.*, t. I, n. 194.

(3) Rennes, 7 déc. 1849 (S. 1. 2. 101). V. *inf.* n. 616.

(4) Rennes, 4 déc. 1862 (S. 63. 2. 178). V. *inf.*, n. 1546.

(5) S. 64. 1, 385.

clause qui laisse au voyageur la surveillance de ses bagages et qui en exonère l'entrepreneur dont la garantie peut être remplacée par des avantages qui la compensent, tels qu'une diminution du prix ou une augmentation de la vitesse du transport, ne s'appliquant pas au cas où l'entrepreneur ou ses employés se rendraient coupables d'une faute grave ou d'un dol, auquel cas elle serait, aux termes d'une jurisprudence constante, contraire à l'ordre public (1).

576. La règle *locus regit actum* peut-elle être invoquée par les agents diplomatiques et consulaires?

Il faut distinguer: les ambassadeurs, ministres publics ou agents diplomatiques qui jouissent, comme nous l'avons déjà vu, du privilége de l'exterritorialité (2), c'est-à-dire qu'une fiction répute placés hors du territoire dans lequel ils résident, qui ne peuvent y être poursuivis à raison des engagements qu'ils y auraient contractés, ne peuvent en aucun cas être assujettis, quant aux actes par eux faits, aux formes prescrites par la loi de leur résidence. Les actes qu'ils y font, lors même qu'ils devraient être exécutés dans le même lieu, sont donc valablement faits suivant les formes usitées dans le pays auquel ils appartiennent. « *Quo imprimis firmatur quod anteà dictum*, dit Huber (3), *legatos quasi extra territorium constitutos videri; undè si testamentum fecerint, si contractum iniverint, non in formâ statuti illius loci in quo legationis causâ commorantur, actus isti nihilominus valebunt* (4). » Il faut en dire autant des actes faits par celle des personnes de la suite de l'ambassadeur qui jouissent des mêmes priviléges diplomatiques (5).

Mais il en est autrement de ceux des consuls qui ne jouissent pas du privilége de l'exterritorialité. Ceux surtout qui font le commerce sont, quant aux actes par eux faits dans le pays de leur résidence, assimilés aux autres étrangers: ils

(1) Cass., 5 fév. 1873, *Gazette* du 6 du même mois.
(2) Voy. *supr.*, liv. II, tit. I, ch. III, sect. 1.
(3) *De jure civit.*, liv. III, ch. VIII, § 4.
(4) Voy. Hert., *De collis. leg.*, sect IV, § 10; M. Merlin, *Répert.*, v° *Testament*, sect. II, § 3, art. 8; M. Rocco, p. 281. — Voy. aussi Fœlix, n. 82.
(5) Hert., *ibid.*; Grotius, liv. II, ch. XVIII.

ont les mêmes droits, mais aussi les mêmes devoirs. C'est un point sur lequel je me suis déjà assez amplement expliqué (1), pour n'avoir pas besoin d'y revenir ici.

577. Il suit, de tout ce qui précède, que, pour juger de la validité des actes, il faut d'abord déterminer dans quel lieu ils ont été passés. S'il s'agit d'un contrat fait entre les parties présentes, il ne peut y avoir de difficulté. En effet, ou l'acte est authentique, et alors le lieu du contrat se trouve déterminé d'une manière certaine; ou l'acte est sous seing privé, et, dans ce cas encore, le lieu d'où il est daté indique celui où il a été fait, ou du moins cette date indique à quelles lois les parties ont entendu se soumettre, et celui qui s'est obligé ne serait pas admis, pour se dispenser d'exécuter ses promesses, à prétendre que l'acte a été fait dans un autre lieu (2); ou bien encore la convention est verbale, et c'est alors d'après les circonstances et l'appréciation des faits, qu'on peut reconnaître dans quel lieu elle a été conclue, et quels sont, par suite, sa validité et ses effets (3).

578. Quand deux parties négocient une convention, en parcourant ensemble divers lieux, le contrat est régi par la loi du lieu où il est devenu parfait par l'accord des deux parties, bien qu'il ait été négocié dans un autre (4).

579. Mais il peut arriver que l'affaire soit négociée entre deux parties qui sont l'une et l'autre dans un pays différent. Ce cas présente plus de difficulté. Le contrat se négocie alors ou par lettres ou par mandataires. Occupons-nous d'abord du contrat négocié par lettres.

C'est une question qui a de tout temps excité l'attention des auteurs, que celle de savoir quelle loi doit régir un contrat conclu par lettres écrites de lieux soumis à des lois différentes. Sa solution dépend évidemment du point de savoir dans quel lieu le contrat est devenu parfait, et c'est précisément là que gît la difficulté.

(1) Voy. *supr.*, liv. II, tit. I, ch. III.
(2) M. Pardessus, n. 1486. Voy. aussi *inf.*, sect. IV, § 2.
(3) Voy. *supr.*, n. 564 et *inf.*, sect. IV, § 2.
(4) M. Fœlix, *Droit intern.*, p. 143.

Grotius (1) assimile les contrats faits par lettres, *per litteras inter absentes*, à ceux qui seraient faits en pleine mer (2) ou dans une île déserte, et, les supposant alors exempts de toute juridiction, il ne les soumet à d'autres règles qu'à celles du droit naturel : « *Talia enim pacta jure solo naturæ reguntur.* » Mais c'est là déplacer la difficulté plutôt que la résoudre; car un engagement contracté par lettres n'est pas affranchi de toute juridiction, comme le suppose Grotius. Les deux contractants sont soumis à des lois ; ils contractent sous l'empire de ces lois, et on ne peut conséquemment faire abstraction de ces lois, quand il s'agit d'apprécier leur engagement. Il y a, au contraire, deux juridictions différentes qui se disputent le contrat et entre lesquelles il s'agit de prononcer.

Hert (3) arrive à la même conclusion que Grotius, mais par une autre route. Il reconnaît le concours de deux juridictions, de deux statuts; mais il leur accorde, à tous les deux, une puissance et une force égales, qui s'annulent l'une par l'autre et font place au droit naturel, seul capable de mettre les parties d'accord : « *Tantum hùc conferre locum mittentis, quantum contulit locus ipsius respondentis, ut proindè solum jus naturæ arbitriis suis se interponere debeat.* »

Il n'est pas plus exact de prétendre que le contrat est soumis à deux juridictions et à deux puissances égales, que de prétendre qu'il n'est soumis à aucune juridiction. Il n'y a pas, en effet, dans une convention conclue par lettres, deux contrats passés, dans des lieux différents ; il n'y a qu'un seul contrat, contrat indivisible, qui a été négocié en plusieurs lieux, mais qui a été conclu dans un seul, et dont la conclusion, qui se forme par le concours de deux volontés sur le même objet, *in idem placitum consensus*, est aussi indivisible que le contrat lui-même. Pour reconnaître par quelle loi le

(1) *De jure belli*, lib. II, cap. XI, § 5.

(2) Il n'est pas besoin de faire remarquer l'erreur de Grotius quand il considère comme exempt de toute juridiction un navire en pleine mer. Voy. t. I, liv. II, tit. I, ch. I et II, et *supr.*, n. 529.

(3) *De commeatu litterarum*, § 16 et suiv.

contrat est régi, il faut donc rechercher dans quel lieu il est devenu parfait, dans quel lieu il a été conclu, en d'autres termes dans quel lieu se sont rencontrées les deux volontés dont le concours était nécessaire.

Le marchand qui écrit à son correspondant pour lui proposer une affaire, n'est obligé par sa proposition, qu'autant qu'il ne l'a pas rétractée avant l'acceptation. « J'écris le 1er janvier à un négociant, dit M. Toullier (1), pour lui demander une partie de marchandises à tel prix. Le 5, il me répond qu'il accepte ma proposition, et qu'il m'expédiera les marchandises. Sa réponse m'arrive le 8; mais le 7 j'avais écrit pour révoquer la demande. L'acceptation m'étant alors inconnue, la révocation est-elle valide ? Elle l'est sans doute dans la rigueur des principes. » C'est là une proposition mise dans tout son jour par M. Merlin (2) et par M. Troplong (3), qui prouvent très-bien que cette faculté de rétractation, jusqu'à l'arrivée de la lettre qui contient l'acceptation, se fonde sur les principes les plus exacts, puisque le contrat par lettres ne peut se former, comme tout autre contrat, que par le concours de deux volontés, que tant que la volonté de l'acceptant n'est pas connue du proposant, il n'y a pas concours de volonté, et que jusque-là le proposant peut retirer une offre qui n'a encore engendré aucun lien de droit.

Par la même raison, le correspondant qui acccepte peut rétracter son acceptation, tant qu'elle n'est pas parvenue à celui qui lui a fait la proposition, puisque l'acceptant ne peut être lié tant que le proposant lui-même n'est pas lié (4).

Il résulte de là que le contrat ne devient parfait que dans le lieu d'où est partie la proposition et où est arrivée l'acceptation, parce que c'est alors seulement que les parties ne peuvent plus rétracter leurs consentements, et que se forme par consé-

(1) T. VI, n. 29, note 1.

(2) *Répert.*, v° *Vente*, § 1, art. 3.

(3) *De la Vente*, t. I, n. 22 et suiv., et *Du Louage*, n. 105, à la note.

(4) M. Duvergier est d'une opinion contraire, mais seulement quant à la réponse faite par lettre confiée à la poste (*De la Vente*, n. 59). Cette distinction a été combattue avec raison par M. Troplong, *Du Louage*, *ubi sup.*

quent le concours de deux consentements irrévocables.» *E di vero,* dit M. Rocco (1), *non potendo alcuna obligazione nascere senza il simultaneo concorso di due volontà, allorchè il contratto interviene fra persone assenti, mai non può dirsi perfetto, se a conoscimento dell' uno non pervenga l'accettazione dell altro paciscente. Insino a tel punto, in cui veramente si ha la convenzione,* in idem placitum consensus, *si è nella piena libertà di richiamare la sua proferta; non bastando quell' adesione al contratto chè non è peranco conosciuta. Una volontà la quale non è conta si ha nel diritto come inesistente. Ond' è che non si può tenere, essere il luogo dove la lettera viene accettata in cui si congiunga la volontà delle parti contraenti, attesochè la volontà dell' accettante non essendo ancor conosciuta all' offerente, non può perciò dirsi fermata la convenzione. Di che conseguita, che se un Napoletano o altri che qui soggiorni, per via di lettera proponga ad altra persona stanziante in Londra la comprovendita di alcune merci, et quella inchinando all' offerta convenzione, rispondendo significhi la sua adesione; tal contratto non in Londra a debbe si giudicare avenuto, ove l'accettazione è stata fatta, si bene in Napoli dove l'accettazione del uno dei paciscenti pervenuta è notizia dell' altro. E ciò perchè l'accettazione (ridiciamolo) quando non è conosciuta non costituisse il concorso delle due volontà.*

Cependant des docteurs d'un très-grand poids, Struvius (2), le cardinal de Luca (3), Casaregis (4), pensent au contraire que le contrat est devenu parfait dans le lieu où la proposition a été acceptée, et non dans celui d'où elle est partie. « *Contractus vel negotium inter absentes gestum dicitur eo loco quo ultimus in contrahendo assentitur sive acceptat, quia tunc tantum uniuntur ambo consensus.* » Et Casaregis cite l'exemple d'un marchand de Gênes qui aurait écrit à son correspondant de Venise pour lui offrir des marchandises. Si, dit-il, l'offre est acceptée par le correspondant de Venise, c'est à Venise que le contrat s'est formé : « *Ubi recipiuntur litteræ aut nuntius, et sic ultimus con-*

(1) P. 378.
(2) *Exercit. ad Pandect.*, *ex.* 11.
(3) *De credito, disc.* 51, n. 6.
(4) *Disc.* 179, n. 1 et suiv.

sensus emptoris unitur cum illo præcedenti venditoris, quia fingitur medio litterarum aut nuntii esse Venetiis præsens, ibique venditionem mercium cum Veneto concludere. » C'est, comme on le voit, une fiction qu'imagine Casaregis. Mais c'est une fiction qui est inutile, puisque la question peut se résoudre avec le seul secours de la réalité. Il n'est donc pas permis d'y recourir. La fiction, d'ailleurs, est ici contredite par le fait même qu'il s'agit d'expliquer : on ne peut supposer que celui qui écrit une lettre est présent au lieu où la lettre est adressée, alors qu'il n'écrit que parce qu'il n'est pas présent : « *Per litteras absens absentem dicitur alloqui* (1). » De même donc qu'il n'y a de proposition faite au correspondant que lorsque la lettre du proposant lui est parvenue, de même aussi il n'y a d'acceptation que lorsque la lettre qui la contenait a été reçue par le proposant. D'où il faut conclure que le contrat est parfait au lieu d'où la proposition est partie, et où l'acceptation est arrivée; et conséquemment que le contrat est régi par la loi de ce lieu (2).

Il en serait autrement, cependant, s'il y avait une contre-proposition qui nécessitât une acceptation de celui qui a fait la proposition. Continuons l'hypothèse de Casaregis et l'exemple du marchand de Gênes qui écrit au marchand de Venise pour lui proposer des marchandises dont il lui indique le prix. Le Vénitien trouve le prix trop élevé, et il écrit au Génois qu'il ne consent à acheter que pour un prix inférieur : le Génois lui répond qu'il accepte la réduction. Dans ce cas, le contrat s'est formé à Venise et non pas à Gênes, parce que c'est de Venise qu'est partie la contre-proposition qui s'est trouvée substituée à la proposition première, et qu'est arrivée l'acceptation du Génois, d'où résulte le concours des deux volontés (3). Casaregis (4), conséquent avec lui-même, décide

(1) Straccha, *De probationibus*, n. 16.

(2) Je reviendrai sur ce point, *inf.*, liv. V, tit. I, ch. II, sect. I, § 1.

(3) La Cour de cassation a jugé en ce sens le 6 août 1867 (S., 67, 1, 400, et D., 67, I, 35), qu'au cas d'une demande de crédit adressée à un banquier, qui répond ne pouvoir l'ouvrir que moyennant une certaine garantie, qui lui est accordée, le contrat peut être réputé avoir été fait non au lieu du domicile du crédité, mais au lieu du domicile du créditeur.

(4) *Ubi sup.*, n. 3.

que, dans ce cas, le contrat s'est formé à Gênes ; mais, partant d'un faux principe, il devait arriver à des conséquences également vicieuses.

580. Remarquons, au surplus, que ces solutions ne s'appliquent qu'aux contrats commutatifs parfaits, ou qui, étant formés dans l'intérêt réciproque des deux parties, auxquelles ils imposent en même temps des obligations égales, quoique diverses, nécessitent, pour leur perfection, l'acceptation expresse de celle à qui la proposition est faite. Il en est autrement dans les contrats qui, comme le mandat ou la commission, ne renferment qu'une obligation principale, celle du commissionnaire. Si donc un mandat est donné par lettre, il suffit, pour qu'il y ait contrat, que le mandataire fasse ce que le mandant lui demande, et accepte ainsi, de fait, le mandat, sans qu'il soit nécessaire que cette acceptation soit connue du mandant; parce que, comme le mandant n'a aucune obligation principale à remplir, tant que le mandat n'est pas exécuté, sa volonté est présumée persister, tant qu'il n'a pas manifesté une intention contraire; et que le mandataire qui, de son côté, consent à se charger du mandat, se trouve nécessairement obligé, par cela seul qu'il l'exécute (1). Le contrat de commission perdrait toute son utilité et compliquerait le mécanisme des opérations commerciales, au lieu de le simplifier, si le commissionnaire ne pouvait agir qu'après avoir répondu par lettres qu'il accepte, et si le contrat ne se formait que lorsque les parties ont une connaissance respective de leurs volontés réciproques. C'est pourquoi le contrat devient parfait au moment où le mandataire accepte le mandat, sans qu'il soit nécessaire que cette acceptation soit connue du commettant qui a fait la demande. Le contrat est alors régi par la loi du lieu où se trouve le mandataire et où il accepte le mandat. « *Mandati contractus*, dit Casaregis (2), *dicitur initus in loco quo diriguntur litteræ missivæ alicujus mercatoris, si alter*

(1) Voy. MM. Delamarre et Lepoitvin, *Du contrat de commission*, t. I, n. 97.

(2) Disc. 179, n. 2.

ad quem diriguntur eas recepit, et acceptat mandatum (1). »

Si au contraire il ne s'agissait pas d'un négociant qui charge un commissionnaire de faire quelque chose pour lui, mais bien d'un commissionnaire qui propose ses services à un négociant, il est manifeste, dans ce cas, que le commissionnaire, ayant besoin, pour agir, de savoir si ses services sont acceptés, le contrat ne se formerait que lorsque la réponse du négociant, parvenue au commissionnaire, lui aurait fait connaître l'acceptation, c'est-à-dire encore dans le lieu d'où serait partie la proposition, et où serait arrivée l'acceptation (2).

580 *bis*. Il résulte de tout ce qui précède que la solution de la question de savoir en quel lieu est devenu parfait le contrat qui s'est formé par correspondance peut varier suivant les circonstances, et que les juges sont nécessairement investis en cette matière d'un certain pouvoir d'appréciation (3).

581. Comme le mandataire représente complétement le mandant, il en résulte que les actes faits par le mandataire pour le mandant sont réputés faits au lieu où se trouve et où contracte le mandataire, et non au lieu où se trouve le mandant (4). Ils sont donc régis par la loi du mandataire.

Il ne peut y avoir de difficulté sérieuse à cet égard, quand le mandataire contracte avec un tiers pour le compte du mandant ; mais il en est autrement s'il contracte avec lui-même. Je m'explique.

Un marchand écrit à un commissionnaire de lui acheter une certaine quantité de marchandises, au prix courant, et de les lui expédier. Le commissionnaire achète les marchandises d'un tiers et les expédie à son commettant. Il y a là deux actes successifs : le mandat d'abord, entre le commettant et le commissionnaire ; puis la vente entre le commissionnaire et le tiers vendeur. Ces deux actes se sont accomplis dans le lieu où se trouve le commissionnaire, et où il a contracté

(1) Voy. de Lucca, *De jurisdict.*, disc. 71, n. 4 ; Roccus, *De mandato*, n. 163 ; Marcadus, *De stat. interpret.*, concl. 7. — Voy. encore Casaregis, disc. 9, n. 21 et 22.

(2) M. Delamarre et Lepoitvin, n. 98.

(3) Voy. l'arrêt précité du 6 août 1867.

(4) Casaregis, disc. 179, n. 10 et suiv., 63 ; Rocco, p. 380, à la note.

avec le tiers vendeur. Mais supposons, ce qui arrive fréquemment, que le commissionnaire, qui est lui-même détenteur de marchandises de la nature de celles demandées, au lieu d'en acheter d'un tiers, expédie les siennes propres au commettant. Dans ce cas, le commissionnaire est à la fois mandataire et vendeur; et si cette double qualité n'influe pas sur le point de savoir où s'est formé le contrat de commission, on peut cependant se demander si la vente que le commissionnaire se trouve avoir faite au commettant, est devenue parfaite chez le commettant ou chez le commissionnaire. Casaregis, qui se pose la question (1), la résout implicitement, dans le sens de la perfection au lieu où se trouve le commissionnaire; et je crois que c'est avec raison. Ici le mandat absorbe la vente. Pourvu que les intérêts du commettant ne soient pas compromis, que lui importe l'origine de la marchandise ; et son acceptation, si elle jouit de la qualité voulue, n'étant pas plus nécessaire dans un cas que dans l'autre, la vente que lui fait le commissionnaire est réputée faite chez ce dernier, parce qu'il se trouve réunir en lui deux qualités, celle de vendeur pour son propre compte, et d'acheteur pour le compte de son commettant.

On devrait décider de même, et par les mêmes raisons, si la commission était donnée non pour acheter, mais pour vendre, et que le commissionnaire se rendît acquéreur.

Remarquons, au surplus, que la lettre écrite à un commissionnaire, par laquelle, sans le charger expressément, soit d'acheter, soit de vendre, on lui demande ou on lui propose l'envoi de certaines marchandises, constitue non pas une proposition de se rendre personnellement acheteur ou vendeur, mais un simple mandat pour acheter et pour vendre, qui devient parfait, comme le mandat exprès, dans le lieu où la commission a été reçue et acceptée. Ici la qualité et les habitudes de la personne suffisent pour caractériser le contrat. « *Per tales simplices commissiones, vel ordines*, dit Casaregis (2), *intelligi debet datum fuisse mandatum.* »

(1) Discurs. 38, n. 51 et suiv., et discurs. 179, n. 10 et suiv.
(2) *Ubi sup.*

582. Dans les contrats conclus par l'intermédiaire d'un commis voyageur, qui est en général réputé avoir des pouvoirs suffisants pour vendre, le lieu du contrat est celui où le commis voyageur a traité au nom de son commettant, et non au domicile du commettant, puisque le contrat est parfait dès qu'il est conclu avec le commis voyageur, qui est alors un mandataire ordinaire (1). Ici peut s'appliquer la loi 19, § 3, *De judiciis*, qui décide que celui qui contracte, à Rome, avec le représentant d'un marchand des provinces, est réputé contracter avec ce marchand lui-même : « *Apud Labeonem quæritur si homo provincialis servum institorem vendendarum mercium gratiâ Romæ habeat, quod cum eo servo contractum est, ita habendum atque si cum domino contractum sit...* (2). »

Mais il en serait autrement si le commis voyageur, au lieu d'être autorisé à conclure des marchés, n'était chargé que de recueillir des ordres et de les transmettre à son commettant qui se réserverait le droit d'accepter ou de refuser les demandes qui lui seraient adressées. Alors le contrat serait réputé conclu au domicile du commettant, dont l'acceptation était nécessaire pour qu'il y eût engagement réciproque (3).

Un auteur (4) est d'un avis contraire et veut que dans tous les cas le contrat soit réputé conclu, ou, ce qui revient au même, que la promesse soit réputée faite au lieu où le commis voyageur a traité. Mais les motifs qu'il donne à l'appui de cette solution ne s'appliquent qu'au cas où le commis voyageur est autorisé à conclure définitivement, et non au cas où il n'est chargé que de recueillir des propositions qu'il ne peut accepter, c'est-à-dire, de poser les bases d'un traité qui ne sera conclu et obligatoire que lorsqu'il aura reçu l'assentiment du commettant. Il est clair qu'alors, et d'après les

(1) M. Pardessus, n. 1354, Cass., 4 déc. 1811 (S., 3, 1, 421; D., 3, 1, 391). Bordeaux, 22 avril 1828 (S., 9, 2, 69 ; D., 28, 2, 210).

(2) Voy. Straccha, *Quomodo in causis mercat. proced. sit*, p. 483, n. 21.

(3) M. Pardessus, *ibid.*, Bordeaux, 16 nov. 1830 (S., 31, 2, 140; D., 31, 2, 10).

(4) M. Orillard, *Comp. des trib. de comm.*, n. 609.

principes déjà développés, le contrat n'est devenu parfait que lorsqu'il est devenu irrévocable, conséquemment au domicile du commettant où est intervenue l'acceptation qui l'a consolidé. On objecte qu'il n'est pas toujours facile de reconnaître si un commis voyageur a agi comme mandataire ou comme simple solliciteur de commissions; et que de là naissent des difficultés sans nombre qui s'évanouissent en jugeant que la promesse est toujours censée faite au lieu de la convention passée avec le commis voyageur. Mais supprimer la difficulté, ce n'est pas la résoudre.

583. Les actes faits par un *negotiorum gestor* (1) sont, comme ceux d'un mandataire proprement dit, réputés faits au lieu où l'affaire a été gérée, et non au domicile du maître, alors même que, plus tard, celui-ci aurait ratifié les actes du *negotiorum gestor;* parce que, dit Casaregis, la ratification du maître n'est pas nécessaire à la perfection du contrat, et n'a pour objet que de faire constater son acceptation des conséquences d'un contrat qui a été parfait dès l'instant où il a été conclu par le *negotiorum gestor* (2).

584. Il suit de là que si le mandat donné à un tiers n'a été donné que sous la condition que les actes du mandataire ne vaudraient qu'autant qu'ils seraient ratifiés par le mandant, ces actes sont réputés faits dans le lieu où est donnée la ratification, sans laquelle ils ne pourraient produire aucun effet.

585. Il faut donc en général distinguer, quant à la ratification, le cas où elle ajoute quelque chose à l'acte, de celui dans lequel, sans être nécessaire à sa validité, elle n'a d'autre résultat que de constater expressément l'obligation du ratifiant. Dans le premier cas, le contrat ratifié n'est devenu parfait que dans le lieu où la ratification est donnée; dans le

(1) Cod. civ., 1372.

(2) « *Et ratio rationis est quia consensus ratificantis non unitur in loco suo ad aliquem actum seu contractum perficiendum, sed acceptandum contractum vel negotium pro se in loco gestoris jam factum, ac si eodem tempore et loco in quo fuit per gestorem negotium gestum, ipsemet ratificans esset præsens, ibique contraxisset.* » Discurs. 179, n. 20. — Voy. card. de Luca, *De alien.*, disc. 47, n. 9; MM. Delamarre et Lepoitvin, t. I, n. 175 et suiv.; L. 25, au Code *De donat. inter. vir. et ux.*

second cas, parfait avant la ratification dans le lieu où il avait été conclu, il ne peut être *déplacé* par l'effet de la ratification postérieure. « *Contractus in alio loco fit*, dit Hert (1), *in alio loco confirmatur; quæritur cujus loci leges, si discrepare eas usu-veniat, intueri debeamus? Si confirmatio accedat ad conciliandum contractui majorem fidem, verbi gratiâ contractus probationis gratiâ in scripturam redigatur, arbitramur spectandam loci, ubi contrahitur, legem. Sin ut contractus sit validus, loci ubi confirmatur jura prævalebunt.* »

C'est à l'aide de cette distinction qu'on peut arriver à la solution des difficultés qui naissent, dans un grand nombre de cas, de la ratification dans un lieu d'un acte passé dans un autre (2).

Ainsi, l'homologation d'une transaction conclue par un tuteur dans l'intérêt d'un mineur, qui est une sorte de ratification, donnant à la transaction la force nécessaire pour produire effet, il en résulte que la transaction est réputée faite au lieu même où intervient l'homologation. Au contraire, celui qui confirme et explique dans un lieu un contrat obscur qu'il aurait fait dans un autre, et dont l'obscurité inspirerait des craintes aux autres parties, n'ajoutant rien à l'acte antérieur, qui n'est changé ni dans son essence ni dans ses effets, la ratification ou confirmation rétroagit alors au jour et au lieu de l'acte primitif qui reste gouverné par la loi de ce lieu.

586. Cela nous conduit à examiner si les actes ou contrats qui renferment un vice tel qu'ils ne peuvent produire aucun effet, selon la loi du lieu où ils ont été faits, peuvent cependant en produire dans un autre lieu, moyennant la confirmation ou ratification qui y interviendrait. Il faut, pour résoudre la question, distinguer si le vice du contrat provient, soit d'un défaut de capacité dans la personne, soit d'un défaut de disponibilité dans la chose, ou si, au contraire, il ne s'agit que d'un vice de forme. Dans le premier cas, l'acte qui ne pourrait être validé dans le lieu du domicile des parties ne peut

(1) *De collis. leg.*, sect. IV, § 55.

(2) Casaregis, disc. 179, n. 21 et suiv.

l'être dans un autre lieu, puisque la capacité ou l'incapacité de la personne, la disponibilité ou l'indisponibilité des biens dépendent du statut personnel ou du statut réel, et ne peuvent par conséquent recevoir aucune modification des lois étrangères, sous les auspices desquelles le contrat serait ratifié. Ainsi, un mineur, une femme mariée, qui ont fait en France un contrat nul pour défaut de capacité, ne peuvent, en ratifiant ce contrat en pays étranger, lui donner une force que lui refuse leur incapacité. Dans le second cas, au contraire, rien n'empêche de régulariser en pays étranger le contrat nul fait en France, et cela, alors même que ce contrat ne pourrait être ratifié en France. En effet, la confirmation ou ratification d'un contrat nul ou rescindable n'est pas une conséquence ou un effet de ce contrat; c'est en quelque sorte un nouveau contrat que la volonté des parties substitue à l'ancien, et dont la validité doit être jugée, non d'après les lois du lieu ou a été fait le contrat primitif, mais d'après celles du lieu où intervient la ratification qui lui succède (1).

Il suit de là que les effets de la ratification sont, dans ce cas, réglés d'après la loi du lieu où a été conclu l'acte ratifié, puisqu'il s'agit d'une convention nouvelle qui ne se réfère à la convention antérieure que pour en reconnaître le vice et la nullité (2).

587. Il en est de même de la forme de la ratification (3). Ainsi, bien qu'en France l'acte de confirmation ou ratification d'une obligation contre laquelle la loi admet l'action en nullité ou en rescision, ne soit valable que lorsqu'on y trouve la substance de cette obligation, la mention du motif de l'action en rescision et l'intention de réparer le vice sur lequel cette action est fondée (4), cependant, la ratification faite en pays étranger, d'un acte nul fait en France, pourra être efficace en France, bien qu'elle ne renferme pas ces divers éléments, s'ils n'étaient pas exigés dans le lieu où elle est intervenue.

(1) Code civ., 1338.

(2) M. Rocco, p. 359; M. Merlin, *Répert.*, v° *Effet rétroactif*, sect. III, § 3, art. 7, t. XVI, p. 270.

(3) M. Rocco, p. 361.

(4) *Id.*, p. 362.

588. La condition accomplie, à la différence de la ratification d'un acte nul, a un effet rétroactif au jour où l'engagement a été contracté (1). Lors donc que l'existence d'un contrat dépend de l'accomplissement d'une condition, et que cette condition s'accomplit dans un lieu autre que celui de la rédaction du contrat, c'est cependant la loi de ce dernier lieu qui en régit la substance (2).

589. Les principes ci-dessus développés sur le sens et l'étendue de la règle *locus regit actum*, nous aideront à résoudre quelques difficultés particulières, qui serviront d'exemple et en faciliteront l'application aux difficultés analogues qui peuvent se présenter dans la pratique. Nous prendrons ces exemples dans les contrats commerciaux les plus usuels.

On ne rencontre pas dans les lois commerciales cette uniformité si désirable, qui faciliterait les rapports commerciaux des différents peuples. Les différences se rencontrent au contraire, et précisément lorsqu'il s'agit des contrats que leur destination appelle sans cesse d'un lieu dans un autre, et qui, par leur nature, ne doivent jamais arriver à leurs fins dans le lieu où ils ont pris naissance. Télles sont les lettres de change. Les lois qui en règlent la forme ne sont pas les mêmes partout. Il peut donc arriver qu'une lettre de change, tirée d'un pays étranger sur la France, ne réunisse pas toutes les conditions qu'exige notre Code de commerce pour qu'elle vaille comme telle. Il peut même arriver que cette lettre de change soit revêtue de plusieurs endossements successifs, passés dans différents lieux, et conséquemment dans des formes différentes. Cette lettre de change et ces endossements pourront-ils produire en France les effets attachés aux actes de cette nature, c'est-à-dire valoir comme lettre de change, et comme endossement ou transport commercial?

Il faut distinguer ce qui constitue l'essence du contrat, d'avec les énonciations qui ne sont que de forme ou qui ne font que constater l'accomplissement des conditions essentielles. Si ces conditions essentielles manquent, par exemple,

(1) Code civ., 1179.
(2) M. Fœlix, p. 145.

s'il n'y a en réalité ni valeur fournie pour l'émission de la lettre, ni valeur fournie pour les endossements, il n'y a plus ni contrat de change ni transport, et l'acte est nul comme contrat à titre onéreux, d'après les principes généraux du droit, qui sont les mêmes partout (1). Si, au contraire, l'acte ne manque que des énonciations requises par la loi française pour constater la valeur fournie, et s'il est fait dans un lieu où cette énonciation n'est pas exigée (2), il vaudra en France, soit comme lettre de change, soit comme endossement (3). C'est la conséquence de la règle *locus regit actum* qui s'applique, comme nous l'avons vu, aux formalités extrinsèques des actes. Telle est la doctrine de Puttman dans ses *Principes du droit en matière de lettre de change* (4), lorsqu'il dit que « l'utilité d'exprimer le lieu où l'acte est rédigé se fait particulièrement sentir lorsqu'il s'agit de juger de la validité d'une lettre de change ou de son endossement, puisqu'on doit en cela recourir aux usages du lieu où la lettre de change ou l'endossement a été fait. » C'est ce qu'enseigne également Hommel (5) : « *Si tamen*, dit-il, *de solemnibus et formâ externâ, illa dijudicanda ex loco actus : in cambiis jus loci ubi scriptæ sunt litteræ, non loci solutionis respicitur* (6). » Le Code général de Prusse confirme cette maxime, en disposant d'une manière expresse que « les négociations des lettres de change seront jugées selon les lois du lieu où elles ont été conclues; et qu'en particulier, les conditions requises pour la validité d'une lettre de change ou d'un endossement sont régies par les lois du lieu où l'acte a été fait et passé (7). »

(1) Voy. *sup.*, n. 597.

(2) En Allemagne, par exemple. Voy. M. Fœlix, p. 96.

(3) M. Pardessus, n. 1495; Cass., 18 août 1856 (S., 57, 1, 586).

(4) § 7, remarque C.

(5) *Rapsodiæ*, obs. 409.

(6) Voy., dans le même sens, M. É. Vincens, *Législ. comm.*, t. II, p. 182; M. Nouguier, *Des lettres de change*, t. I, p. 477 ; M. Fœlix, n. 80.

(7) Tit. VIII, part. II, § 936, 937 et 938. — En Angleterre, les lettres de change sont soumises à des formes différentes, selon qu'il s'agit de lettres de change de l'intérieur, c'est-à-dire tirées en Angleterre et payables en Angleterre, ou de lettres de change étrangères, c'est-à-dire tirées d'Angleterre et payables en pays étranger. — Voy. Westoby, p. 175 et suiv. Quant aux lettres de change tirées de l'étranger sur l'Angleterre, elles sont valables en

Cependant cette conclusion semble contredite par plusieurs auteurs, notamment par Voët, par Dupuis de la Serra et par Pothier. « *Quia verò*, dit Voët (1), *in quibusdam circà cambiorum jura variant leges et consuetudines variarum regionum, notandum est in decidendis circà hæc controversiis, spectandas esse leges loci illius ad quem litteræ cambii destinatæ sunt, et in quo vel acceptatæ sunt, vel acceptari debuerunt, non item loci undè missæ : cum illic contractus intelligatur celebratus ubi impletum ejus destinatum est.* » Dupuis de la Serra (2) s'exprime dans des termes analogues : « Le porteur d'une lettre de change, dit-il, ne peut pas se refuser de se soumettre à la loi du lieu où le payement doit être fait; c'est pourquoi ceux qui prennent des lettres de change doivent être informés des lois et des usages des lieux pour éviter des inconvénients. » Pothier est beaucoup moins formel. « La lettre de change, dit-il (3), est censée contractée au lieu où elle est payable, suivant cette règle de droit : *Contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur in quo ut solveret se obligavit*. Par conséquent, ajoute-t-il, les obligations s'en doivent régler suivant les lois et usages du lieu, auxquels les contractants doivent être censés s'être soumis suivant cette autre règle : *In contractibus veniunt ea quæ sunt moris et consuetudinis in regione in quâ contrahitur.* »

Mais, comme on le voit, Pothier, tout en posant un principe général dans ses termes, le particularise dans ses conséquences, en restreignant son effet à l'*exécution* de la lettre de change; or, comme nous le verrons plus tard, il n'est pas douteux que ce qui est relatif à l'exécution d'une lettre de change soit régi par la loi du lieu où la lettre de change est payable. Bien que cette distinction ne se trouve pas indiquée par Voët et par Dupuis de la Serra, il est à croire qu'elle était dans leur intention ; car on ne comprendrait

Angleterre, bien qu'elles ne soient pas revêtues de toutes les formalités prescrites par la loi anglaise, et spécialement bien qu'elles ne soient pas sur timbre, si cette formalité n'est pas exigée par la loi du pays d'où elles viennent. V. *Ibid.*, p. 184; V. M. Demangeat sur Fœlix, t. I, p. 177, note *a*.

(1) *Ad Pand.*, liv. XXII, tit. II, § 10.

(2) *L'art des lettres de change*, ch. XV, n. 12.

(3) *Traité du contrat de change*, n. 155.

pas comment, par une dérogation à toutes les règles, celui qui souscrit une lettre de change ou un endossement dans un lieu, serait tenu d'être instruit des formes prescrites dans le lieu où l'effet est payable, formes qu'il n'aurait peut-être aucun moyen de connaître d'une manière certaine, et dans l'emploi desquelles il pourrait commettre des erreurs avec d'autant plus de facilité que, tout en connaissant le texte de la loi étrangère, il pourrait fort bien en ignorer le sens et l'esprit. Si chacun est tenu de connaître la loi de son pays, ou la loi du pays dans lequel il contracte, nul n'est tenu au delà.

Un arrêt de la cour de Trèves, du 20 frim. an XIV (1), avait jugé, il est vrai, qu'une lettre de change doit être régie, quant à la forme, par la loi du lieu où elle doit être payée, et non par celle du lieu d'où elle a été tirée. Mais cette cour reconnut bientôt après elle-même son erreur, le 28 avril 1809 (2), en décidant au contraire que la forme d'une lettre de change est déterminée par la loi du lieu où elle a été faite. C'est aussi en ce sens que s'est prononcée la cour de cassation le 25 septembre 1829 (3), en jugeant que l'effet d'un endossement fait en Angleterre au profit d'un Français, de lettres de change souscrites par un Anglais, doit être réglé par les lois anglaises ; et que, par suite, un tel endossement peut être considéré comme translatif de propriété, alors même que cet effet devrait lui être refusé s'il était apprécié suivant les lois françaises. Il s'agissait d'un endossement en blanc qu'on soutenait devoir être translatif de propriété selon la loi anglaise, bien que, suivant la loi française, il ne valût que comme procuration (4).

Rien n'empêche au surplus qu'un étranger qui souscrit hors de son pays une lettre de change au profit d'un autre étranger, stipulée payable dans le pays des contractants, ne fasse cette lettre de change dans la forme admise dans leur pays : c'est

(1) S., 2, 2, 98 ; D., 6, 577.

(2) S., 3, 1, 52 ; D., 6, 578.

(3) S., 9, 1, 373.

(4) Code comm., 138. — Voy. encore, en ce sens, Paris, 29 mars 1836 ; S., 36, 2, 459, et 12 avr. 1850; *ibid.*, 50, 2, 333 ; et Rouen, 1er déc. 1854; *ibid.*, 56. 2, 692.

là une conséquence des principes déjà développés, et desquels il résulte que la maxime *locus regit actum* est presque toujours facultative (1).

590. On s'est demandé s'il fallait réputer l'endossement consommé au lieu où l'acte est écrit, ou bien au contraire au lieu où la réception de cet acte est agréée par le cessionnaire (2). On aurait pu se faire la même demande relativement à la lettre de change. Il ne me semble pas douteux que l'acte est consommé et parfait au lieu où il est écrit. Si l'on s'en tenait aux principes développés plus haut (3), et si le destinataire d'une lettre de change ou d'un endossement était tenu de l'accepter en termes exprès pour que le contrat fût parfait, il faudrait en conclure que l'acte n'est parfait qu'après la réception de l'acceptation, c'est-à-dire au lieu d'où il a été envoyé. Mais il y a d'autres règles lorsqu'il s'agit d'un contrat de la nature de la lettre de change, ou de l'endossement qui, destiné à circuler dès qu'il est sorti da la main de l'envoyeur, est parfait avant toute acceptation expresse de la part de celui à qui il est envoyé, et qui dès lors ne peut plus être révoqué par celui qui n'en est plus détenteur. Quand l'acceptation ou le consentement interviennent, ils rétroagissent au jour de la date de l'acte.

591. Quant à la forme de l'acceptation d'une lettre de change par le tiré, elle est régie par la loi du domicile du tiré, et non par celle du lieu d'où la lettre de change est tirée ou du lieu où elle est payable. L'acceptation est un acte distinct et qui n'emprunte rien à la lettre de change, dont l'émission l'a précédé, ni au payement qui la suivra.

592. Nous avons vu plus haut (4), que la règle *locus regit actum* souffre exception dans le cas où la loi personnelle à celui qui contracte en pays étranger lui impose des règles spéciales pour les actes qu'il fait hors de sa patrie. On trouve un exemple de cette exception dans les articles 234 et 312 du Code de com

(1) Voy. *sup.*, n. 572.
(2) M. Nouguier, t. I, p. 481.
(3) Voy. n. 579.
(4) *Ibid.* n. 571.

merce, d'après lesquels un capitaine de navire français ne peut, en pays étranger, emprunter à la grosse, mettre en gage ou vendre les marchandises pour les besoins du navire, qu'en se faisant autoriser par le consul de France, et, à défaut, par le magistrat du lieu. Ces formalités doivent être remplies par le capitaine, lors même qu'elles ne seraient pas prescrites par la loi locale.

Du reste, lorsque les formalités spéciales voulues par la loi française sont accomplies, rien n'empêche les contractants de se soumettre pour le surplus à la loi locale, ou même de déroger à la loi française, dans tous les cas qui n'intéressent pas l'ordre public. Ainsi, bien qu'aux termes de l'art. 330 du Code de commerce, le prêteur à la grosse doive contribuer à la décharge de l'emprunteur, aux avaries communes, les contractants peuvent stipuler en pays étranger, conformément à la loi locale, que le prêteur, même français, sera affranchi de toute contribution à ces avaries (1). Une telle stipulation qui serait valable, faite en France, doit l'être à plus forte raison quand le contrat a été passé en pays étranger, et elle doit être suivie avec d'autant plus de rigueur qu'elle a nécessairement influé sur la fixation du profit maritime.

593. Il est certains actes auxquels la loi française n'accorde la force qu'il est dans la volonté des parties de leur attribuer qu'autant qu'ils ont été soumis à la formalité d'une publication qui les porte à la connaissance des tiers. Tels sont les contrats de mariage des commerçants qui, aux termes de l'art. 67 du Code de commerce, doivent être affichés par extrait, soit dans l'auditoire du tribunal, soit à la mairie : tels sont les actes de société qui sont soumis à des formalités analogues de publication et d'affiche (2). Or ici se présente la question de savoir quelle est en France l'autorité d'un contrat de mariage ou d'un acte de société passé en pays étranger, et s'il est nécessaire qu'ils soient publiés en France.

(1) Le *Courrier français* du 1er juin 1843 cite, sans en donner la date, un jugement du tribunal du Havre qui s'est prononcé en ce sens.

(2) Je ne m'occupe pas ici de l'autorité des jugements assujettis à la formalité de l'affiche ou de la publication. Voy., sur ce point, *inf.* sect. V.

Il faut, pour résoudre la question, rechercher quel est le domicile des époux, et le siége de la société. Car les formalités dont il s'agit, bien qu'exigées dans l'intérêt des tiers, ont principalement pour objet de déterminer la capacité des époux et de la société. Elles constituent donc un statut personnel, de telle sorte qu'elles sont régies par la loi du domicile conjugal ou social (1), que les tiers en contractant connaissaient ou devaient connaître. Si donc un mariage entre commerçants, ou une société dont le siége, l'établissement et le domicile commercial sont en France, ont été contractés en pays étranger, le contrat de mariage et l'acte de société devront être publiés en France, au domicile conjugal ou social, quelle que soit d'ailleurs la nationalité des époux et des associés. Mais si les époux ou les associés, quoique français, ont leur domicile ou leur établissement en pays étrangers, le contrat de mariage et l'acte de société seront opposables aux tiers français ou étrangers s'ils sont reçus dans la forme prescrite par la loi locale, alors même que cette forme n'admettrait pas la nécessité des publications (2).

594. Je terminerai en faisant observer que tout acte de l'état civil des Français et des étrangers, fait en pays étranger, fait foi, s'il a été rédigé dans les formes usitées dans ce pays ; et que tout acte de l'état civil des Français, en pays étranger, fait foi s'il a été reçu conformément aux lois françaises par les agents diplomatiques ou par les consuls (3). J'aurai l'occasion de revenir sur ces deux points (4), que j'ai déjà touchés en parlant des agents diplomatiques et des consuls (5).

Article 2. — Des effets et de l'exécution des actes passés en pays étrangers.

SOMMAIRE. — 595. Effets et exécution des actes ou contrats qui doivent être exécutés dans le lieu où ils sont faits. — 596. *Quid,* du cas où l'acte doit être exécuté dans un lieu autre que celui où il a été fait ? Distinctions entre l'interprétation de l'acte, ses effets, ses suites, et les formalités d'exécution. — 597. Interprétation des actes. Quand la loi du lieu où ils sont

(1) Voy. *supr.*, n. 552.
(2) Voy. M. Fœlix, *Droit intern.*, n. 310 et suiv.
(3) Cod. civ., art. 47 et 48.
(4) Voy. *inf.*, liv. III.
(5) Voy. liv. II, tit. I, ch. III, sect. III.

faits est-elle applicable? Distinction. — 598. Effets des actes. — 599. Suites des actes. — 600. Formalités d'exécution. — 601. Application des principes sur l'interprétation, les effets, les suites ou l'exécution des actes ou contrats. — 602. Vente; résolution. — 603. Délivrance; mesure. — 604. Paiement du prix. Valeur monétaire dans laquelle le paiement doit ou peut avoir lieu. — 605. Monnaie stipulée entre deux parties présentes et réunies dans un même lieu. — 606. Entre deux parties absentes et séparées l'une de l'autre. — 607. Entre deux parties appartenant à la même nation et qui stipulent en pays étranger. — 608. Stipulations en foire. — 609. En cas de prêt dans un lieu, quelle valeur monétaire doit être restituée dans un autre? *Quid*, si le prêt a pour objet autre chose qu'une somme d'argent? — 610. Paiement des lettres de change et autres obligations transmissibles par voie d'ordre. — 611. Le paiement doit toujours avoir lieu dans la monnaie courante du lieu où il est fait, quel que soit celle du lieu où il a été stipulé. *Quid*, si la valeur réelle de la monnaie métallique était inférieure à sa valeur légale, ou si cette monnaie consistait en un papier-monnaie? Si la valeur de la monnaie avait été changée depuis le contrat? — 612. Quelle loi régit la quittance. — 613. Des actes qui équivalent à une quittance totale ou partielle; concordat. — 614. De l'autorité en France du concordat fait en pays étranger. Renvoi. — 615. Offres réelles et consignation. — 616. Quelle loi règle les intérêts? Intérêt conventionnel? — 617. Du cas où un immeuble est hypothéqué à la dette productive d'intérêts. — 618. Peut-on stipuler des intérêts plus forts que ceux qui sont dus dans le lieu du contrat, mais conformes à la loi du lieu du paiement? — 619. De l'intérêt légal. — 620. De l'intérêt moratoire. — 621. Des dommages-intérêts. — 622. Du rechange. — 623. De la solidarité. Solidarité légale. — 624. Solidarité conventionnelle. — 625. Cautionnement. — 626. Des actes nécessaires à la conservation de la solidarité; présentation des lettres de change à l'acceptation. — 627. De l'obligation de demander le paiement dans un certain délai, et de faire constater le défaut de paiement par un protêt. — 628. Des délais pour l'acceptation, le paiement et le protêt. — 628 *bis*. Effets des lois transitoires qui prorogent ces délais. — 629. Forme du protêt. — 630. Des recours en garantie contre le tireur ou les endosseurs. Recours individuel. — 631. Recours collectif. — 631 *bis*. Distinction entre les lettres de change tirées des pays étrangers sur France et réciproquement, et les lettres de change, de France sur France. — 632. Tribunal compétent pour connaître de ces recours. Renvoi. — 633. De la contrainte par corps. Contrainte par corps qui a lieu de plein droit. — 634. De la faculté de stipuler la contrainte par corps. 635. — De l'exécution forcée. Renvoi. — 636. Des formalités d'exécution; mise en grosse; timbre; enregistrement. — 637. De la garantie d'éviction. Durée de l'action. — 638. *Quid*, des cas où la vente est faite dans un lieu qui soumet le vendeur à donner caution pour la garantie de l'éviction? — 639. De la garantie des défauts cachés de la chose vendue; action rédhibitoire. — 640. Délai de l'action. — 641. De l'action en rescision. Distinction entre les meubles et les immeubles. — 642. De l'action en rescision fondée sur l'incapacité de l'un des contractants. — 643. L'action en rescision est ouverte en France aux étrangers comme aux Français. — 644. Durée de l'action en rescision. — 645. Quasi-contrats; gestion d'affaires; paiement

de l'indû. — 646. De la loi qui régit les conventions matrimoniales. — 646 *bis*. Des impôts établis dans un pays, sur des valeurs industrielles créées dans un autre. — 646 *ter*. De l'effet des obligations imposées dans un pays, aux capitaines de navire, sur les contrats d'assurances passés dans un autre.

595. Jusqu'ici je ne me suis occupé que de la validité des actes passés en pays étranger en recherchant, soit sous le rapport de la capacité des contractants, soit sous le rapport de l'objet et de la forme des actes, les conditions requises pour que les actes faits ou passés dans un pays soient valables dans un autre. Maintenant, supposant ces actes valables, nous allons rechercher par quelle loi ils doivent être régis, soit quant aux effets que les parties ont entendu leur faire obtenir, soit quant à leur exécution.

En général, lorsqu'un acte doit être exécuté dans le lieu même où il est fait, ses effets et son exécution, bien qu'il soit passé entre étrangers, sont réglés par la loi locale, à moins qu'il n'y ait sur ce point convention contraire. Les principes qui, dans ce cas, régissent la forme des actes, régissent aussi leur exécution et leurs effets.

596. Il ne peut y avoir de difficulté que lorsque l'acte doit s'exécuter dans un lieu autre que celui dans lequel il a été fait, ou bien encore lorsqu'il donne lieu à des contestations qui prennent naissance dans un autre pays. Alors se présente la question de savoir si ces effets, cette exécution, ces contestations doivent être réglés, appréciés et jugés d'après la loi du lieu où l'acte a été fait, d'après celle du lieu où l'acte doit être exécuté, ou d'après celle du lieu où se sont manifestées les contestations incidentes dont l'acte est le principe.

Il faut, pour la résoudre, distinguer entre l'*interprétation* proprement dite de l'acte, ses *effets*, ses *suites*, et les formalités d'exécution.

597. Et d'abord, quand il s'agit d'interpréter l'acte ou le contrat dans lequel l'intention des parties n'a pas été clairement manifestée, c'est-à-dire de savoir à quoi elles ont voulu s'engager, la portée et l'étendue qu'elles ont entendu donner à leur engagement, c'est la loi du lieu du contrat qui doit être

suivie, à moins que leur volonté exprimée ou présumée ne soit d'attacher aux clauses du contrat le sens et les conséquences qu'y attachent les lois d'un autre pays. « *Semper in stipulationibus et cœteris contractibus id sequimur quod actum est ; aut si non pateat quod actum sit, erit consequens ut sequamur quod in regione in quâ actum est frequentatur*, dit Ulpien (1) ; et « *Quœ sunt moris et consuetudinis in bonœ fidei judiciis debent venire* (2). » Règle de raison que le Code civil a reproduite : « Ce qui est ambigu, dit l'art. 1159, s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé. » On doit alors présumer, dit M. Merlin (3), que les parties se sont conventionnellement soumises à la loi du pays sous l'empire de laquelle elles contractaient. Et cette règle doit avoir lieu non-seulement dans le cas où les contractants sont citoyens ou sujets du pays où ils traitent ensemble, mais encore quand ils sont étrangers ; car quelle serait, dans le système contraire, la loi qui devrait interpréter un contrat passé en France entre deux étrangers dont l'un serait Espagnol et l'autre Allemand? Il n'y aurait certainement pas plus de raison pour l'interpréter par la loi espagnole que par la loi allemande. Force serait donc de l'interpréter par la loi française, non pas, comme le prétend M. Merlin, parce qu'il est de principe que les contractants sont censés, en traitant dans un pays, se soumettre aux lois qui y régissent les contrats, ce qui serait résoudre la question par la question, mais parce qu'il n'y aurait pas d'autre loi qui pût servir d'interprète à la volonté des contractants (4).

Mais cette règle cesse d'être applicable quand un acte, au lieu d'être passé entre personnes de nationalités différentes, est passé entre deux ou plusieurs étrangers appartenant à la même nation, et quand cet acte doit être exécuté dans le pays des contractants. Il est alors naturel de penser qu'à moins

(1) L. XXXIV ff., *De reg. jur.*
(2) L. XXXI, § 20, ff., *De œdilitio edict.*
(3) *Rép.*, v° *Loi*, add. p. 690.
(4) Cass., 23 février 1864, S., 64, 1, 365. Voy. *sup.*, n. 375 *bis* et *inf.*, n. 616.

de conventions contraires, expresses ou présumées d'après les termes de l'acte, ils ont entendu se référer pour ses effets et son exécution aux lois de leur patrie. « *Tunc*, dit Hertius (1), *ex æquo et bono in patriâ sustineretur contractus.* » Dans ce cas il n'y a plus nécessité de recourir à la loi locale pour vider le conflit qui s'élève entre deux lois étrangères lorsque les contractants sont de nationalités diverses (2).

Et même dans le cas où l'acte serait passé entre des individus de nationalité différente, il peut y avoir lieu, suivant les circonstances, d'interpréter l'acte d'après la loi du lieu de l'exécution, plutôt que d'après celle du lieu du contrat, lorsqu'il apparaît que telle a été ou dû être la volonté des parties. On ne saurait en effet admettre comme règle invariable que parce qu'un homme a contracté dans un lieu dont il ne connaissait ni la loi ni les usages, il ait par cela seul entendu soumettre l'interprétation de ses volontés aux lois de ce lieu. Cette circonstance que le contrat a été passé dans un lieu, toute considérable qu'elle est, ne saurait donc prévaloir sur d'autres qui peuvent passer pour supérieures (3). Aussi Dumoulin reprend-il, avec sa vivacité habituelle, ceux qui ne savent que se rattacher à la loi du contrat, « *Quia putant ruditer et indistinctè quod debeat ibi inspici locus et consuetudo ubi sit contractus; quod est falsum : quin imò jus est in tacitâ et verisimili mente contrahentium.* Ce jurisconsulte veut qu'on recherche, d'après les circonstances, quelle a été la volonté des parties : ce qui est d'autant plus fondé en droit et en raison que la loi du contrat n'est suivie que parce qu'on présume que les parties n'ont pas entendu user de la faculté qu'elles avaient de s'y soustraire : « *In his quæ pendent à voluntate partium, vel per eas immutari possunt, inspiciantur circumstantiæ voluntatis* (4). » — « Il ne faut donc pas généralement accorder, dit

(1) *De collis. leg.*, n. 10.

(2) Voy. Boullenois, t. II, p. 459; Émérigon, *Des assurances*, ch. IV, sect. VIII, 5e cas ; M. Pardessus, n. 1493 ; Paris, 29 mars 1836, S., 36, 2, 457.

(3) Boullenois, t. II, p. 405.

(4) Au code, *De summ. Trinit. verbo conclud. de statut.*

Boullenois (1), que dans l'interprétation des contrats, on doive suivre la loi du contrat, mais aussi il ne faut pas généralement le nier ; cela dépend des circonstances; j'estimerais néanmoins que, si l'on n'est balancé par aucune, ou si celles qui peuvent se balancer ne sont pas sensiblement décisives, il y a raison pour lors d'adopter la loi du contrat. »

598. Les mêmes principes doivent régir les *effets* des actes. Les effets légaux des actes qu'un jurisconsulte hollandais, M. Meyer (2), appelle *suites immédiates nécessaires* (3), sont le résultat direct de l'intention qu'on doit supposer aux parties lorsqu'elles ont déclaré former tel contrat. Dans ce cas, si l'exécution du contrat a lieu sous l'empire d'une loi autre que celle sous l'empire de laquelle il a été formé, on doit, en règle générale, et sauf les exceptions prémentionnées, donner à l'acte les effets actifs ou passifs que lui attribue la loi qui a présidé à sa formation, parce qu'à moins de convention contraire, c'est cette loi qui est présumée avoir dirigé la volonté des parties (4).

599. Mais il en est autrement des *suites* des contrats, que M. Meyer appelle *suites ou conséquences accidentelles et éloignées*, qui constituent des incidents imprévus lors de la formation du contrat, et sur lesquelles les parties ne peuvent, par conséquent, avoir fait porter leur attention et leur volonté : elles sont régies par la loi du lieu où elles se manifestent. « *Le accidentali consequenze*, dit M. Rocco (5), *non avendo una causa inerente alla convenzione, dipendendo de alcuni avvenimenti incerti ed eventuali, i quali si possono o no frammettere nell' esecuzione dell' obligazione, ragion vuole che non altra legge le fissi et regoli, che quella del luogo in cui l'obligazione stessa si dee mandare ad*

(1) T. II, p. 501.

(2) Principes sur les questions transitoires.

(3) *Médiates et immédiates*, suivant M. Rocco, p. 328 et suiv. — *Naturalia*, suivant Hertius : « *Quæ enim auctoritate legis vel consuetudinis contractum concomitantur eidemque adhærunt naturalia appellantur et sicut consuetudo ita etiam lex et statutum est altera quasi natura, et in naturam transit.* (*De coll. leg.*, § 10.)

(4) Voy. M. Merlin, *Rép.*, v° *Effet rétroact.*, add., t. XVI, p. 262; M. Rocco, p. 328 et suiv.

(5) P. 341.

effetto, dove il fatto avvienne che le partorisce. » Car de même que les contractants, lorsqu'il s'agit des effets de la convention ou de ses suites immédiates, sont naturellement réputés avoir suivi la loi du lieu où ils contractaient, de même, lorsqu'il s'agit des conséquences accidentelles qu'ils n'ont pu prévoir, ni par conséquent régler, ils doivent être réputés s'en être remis de ce soin aux lois sous l'empire desquelles ces conséquences se manifesteraient. C'est ce que Boullenois (1) exprime dans des termes analogues. « Si les droits qui naissent au profit de l'un des contractants, dit-il,... naissent par une cause nouvelle et purement accidentelle, *ex post facto*, dans ce cas il faut examiner où cette cause nouvelle prend naissance, et c'est cette loi qu'il faut suivre, quand d'ailleurs les parties n'en ont pas valablement disposé autrement. » On doit encore appliquer la même règle aux actes qui, bien que se rattachant à un acte antérieur dont ils sont l'effet, constituent cependant des actes distincts et séparés. Ils sont régis par la loi du lieu où ils sont passés (2).

600. Quant aux formalités d'exécution, soit qu'elles consistent dans l'accomplissement de certains actes ou l'observation de certains délais, elles sont naturellement régies par la loi du lieu de l'exécution, puisque celui qui exécute, et qui se trouve dans ce lieu, ne peut être tenu de s'enquérir de formalités autres que celles qui y sont prescrites : « *Ea quæ ad complementum vel executionem contractûs spectant,* dit Burgundus (3), *vel absoluto eo superveniunt, solere à statuto loci dirigi, in quo peragenda est solutio. Rationem mutuantur à jurisconsulto qui unumquemque vult, in eo loco contraxisse intellegi, in quo, ut solveret se obligavit.* »

601. La détermination de ces règles présente peu de difficultés dans la théorie ; mais il n'en est pas ainsi de leur application, parce qu'il n'est pas toujours aisé de reconnaître si le fait auquel il s'agit d'appliquer la loi est ou un effet, ou une

(1) T. II, p. 477.
(2) Voy. *inf.*, n. 627 et s. — V. Aussi Fœlix et Demangeat, t. I, p. 349.
(3) *Tract.* 4, n. 29.

suite du contrat, ou un acte d'exécution, ou bien encore quelle a été la volonté présumée des parties.

Je vais essayer, en appliquant les principes à quelques hypothèses, d'indiquer le moyen de résoudre les questions, quelquefois fort compliquées, qui peuvent naître dans la pratique des affaires. Pour que les exemples que je donnerai soient mieux compris, je les prendrai dans les actes les plus usuels.

602. Une vente suppose deux obligations principales et qui sont l'effet direct et immédiat du contrat : d'une part, l'obligation de délivrer la chose vendue, et, d'autre part, celle d'en payer le prix. Bien que ces deux obligations soient les mêmes, dans quelque lieu que la chose doive être délivrée et le prix payé, néanmoins le défaut de délivrance ou de payement partiel ou intégral donnera aux parties le droit de demander la résolution de la vente, aux termes des lois du lieu où le contrat a été passé, et non aux termes et dans la mesure de celles du lieu dans lequel la chose doit être délivrée et le payement effectué.

C'est aussi par la loi du lieu du contrat que se décide la question de savoir si la tradition est nécessaire à la perfection de la vente, ou si la vente est parfaite dès qu'il y a accord sur la chose et sur le prix (1).

Il en est de même de la question de savoir qui, du vendeur ou de l'acheteur, doit supporter la perte de la chose, arrivée avant la délivrance (2).

603. Mais le mode d'effectuer la délivrance ou le payement peut donner lieu à des difficultés plus sérieuses.

Nous avons vu plus haut que, lorsqu'une vente d'immeubles est faite à la mesure, ou avec indication d'une mesure, la mesure est déterminée par la loi du lieu de la situation de l'immeuble, et non par celle du lieu où le contrat a été passé (3). Cependant la question a fait quelquefois difficulté. Chopin (4) cite même un arrêt contraire du parlement

(1) Cod. civ., 1583.
(2) M. Fœlix, n. 110.
(3) Voy. *sup.*, n. 556.
(4) Sur Anjou, lib. II, tit. III, n. 16.

de Paris, du 4 juillet 1585. Mais il en blâme la doctrine : « *Justior tamen*, dit-il, *est diversa opinio, venditi agr imensuram ex lege petendam sitûs prædiorum, non loci pactæ venditionis.* »

Dans le cas de vente de meubles ou de marchandises, par exemple, de tant de quintaux de blé, quelle loi doit être suivie pour le mesurage, dans le cas où le quintal du lieu de la vente n'est pas le même que celui de la livraison ? Boullenois, après avoir décidé qu'en matière de vente d'immeubles on doit suivre la loi de la situation, se pose la question relativement à une vente de meubles. « Que si, dit-il (1), la chose qui est vendue est mobilière et sujette à mesure, pour lors, si elle doit être mesurée sur le lieu où elle doit être vendue, c'est pour ce cas que la maxime de Loisel a lieu : *en fait de meubles, la mesure s'en doit faire selon le lieu où la vente se fait* (2). Mais si la chose mobilière qui est vendue, ne doit pas être mesurée sur le lieu actuel de la vente, pour lors la chose doit être mesurée selon le lieu où elle doit être prise. » Et Boullenois cite à sujet, d'après Charondas, un arrêt du 15 mai 1556, qui juge que la mesure du vin doit être prise selon le lieu du cru duquel le vin est vendu ou promis, et non selon le lieu du contrat.

Ces solutions sont justes. Sans doute, la livraison est un des effets directs et principaux de la vente, et elle doit être par conséquent régie par la loi du contrat, en ce qui touche l'obligation de délivrer, le délai de la délivrance et les suites de défaut de délivrance. Quand, au contraire, il s'agit de savoir, non pas quelle chose doit être livrée, mais la mesure de la chose, qui est une de ses modifications, on ne peut s'en rapporter qu'à la loi du lieu où est la chose, parce que c'est là qu'elle doit être mesurée, et que le mesurage constitue un acte distinct de la vente, qui, sauf conventions contraires, doit être régi par la loi du lieu où il est fait. On peut appliquer ici à la vente mobilière ce que dit Dumoulin de la vente immobilière, parce qu'il y a parité de raison : « *In dubio debet*

(1) T. II, p. 497.
(2) *Inst. cout.*, liv. III, tit. IV, règle 19.

attendi mensura loci in quo debet metiri et fieri, quia mensura rei adhæret et realis est (1). »

604. En est-il de même du payement du prix ? Lorsqu'il y a doute sur la valeur de la monnaie stipulée, réelle ou de compte, quelle loi doit être suivie ? Un Allemand, dit M. Toullier (2), vend une terre à un Hollandais pour 2,000 florins, sans que l'acte porte quels florins les parties ont entendus : les florins d'Allemagne et ceux de Hollande ayant une valeur différente, on doit suivre celle des florins dans le lieu où le contrat est passé. M. Pardessus (3), qui a emprunté cet exemple à M. Toullier, adopte la même solution. Mais ni l'un ni l'autre de ces auteurs ne s'expliquent sur le point de savoir si, dans leur hypothèse, le contrat était passé en Allemagne ou en Hollande, et si le payement devait être fait en Hollande ou en Allemagne. Or, là est toute la difficulté; car il est bien évident que si le contrat est passé dans le lieu où le payement doit être effectué, il faut suivre, à moins de convention contraire, la valeur des florins dans le lieu où se sont rencontrées ces deux circonstances déterminantes, la passation du contrat et son exécution.

Mais supposons que la dette contractée en Allemagne soit payable en Hollande : quelle sera la valeur des florins stipulés ?

Éverard décide qu'il faut suivre la valeur du lieu du payement, parce que, en indiquant un lieu pour le payement, les parties sont présumées s'en être référées à la valeur monétaire de ce lieu. « *Æstimatio rei debitæ consideratur secundum locum ubi destinata est solutio, seu deliberatio, non obstante quod contractus alibi sit celebratus* (4). » Burgundus est de même avis (5).

(1) Cod. *De summ. Trinit.*, art. 33, gloss. 1, n. 86. — L'art. 905 du code civil d'Autriche, et les §§ 256 et 257, part. I, tit. V et XXXI, ch. XI, du code général de Prusse, disposent en ce sens. Le code bavarois, au contraire (part. IV, ch. XIV, § 10), s'en réfère, pour la mesure aux lois du lieu du contrat. Voy. M. Fœlix, n. 121, et suiv.

(2) T. VI, n. 319. M. Toullier invoque l'opinion de Doneau, *Comm. jur. civ.*, lib. XV, cap. I.

(3) N. 1492.

(4) Consil. 68.

(5) Tract. 4, n. 29.

Charondas (1) adopte une opinion contraire. « Un marchand français, dit-il, achète en Flandre, d'un marchand du pays, quelques marchandises pour lesquelles il fait la promesse et cédule de la somme de trente-six livres de gros, payables au marchand flamand ou au porteur. Le Flamand veut être payé en France du marchand français de cette somme, selon la monnaie que vaut en Flandre la livre de gros. Le Français offre de payer la dette à raison de ce que la livre vaut en France. Ses moyens sont que, puisqu'il n'y a certain lieu désigné en la cédule pour faire le payement, il faut estimer le payement être désigné au lieu où il est demandé. Et l'intérêt n'est petit, parce qu'en Flandre la la livre de gros vaut six livres, et qu'en France elle ne vaut qu'une livre. Il m'a semblé, ajoute Charondas, que l'estimation devait se faire suivant l'usage du pays, parce qu'elle porte en termes exprès l'espèce et la qualité de la monnaie promise; et il y a un arrêt pour mon opinion du 14 août 1535. »

Boullenois (2) rapporte un arrêt de la quatrième chambre des enquêtes, du 22 janvier 1727, qui aurait jugé dans le même sens par ce motif, écrit de la main de l'un des juges sur le factum, « qu'il est de principe que la chose vendue doit être payée en monnaie reçue au domicile du vendeur. »

M. Rocco, ne se prononçant que sur un cas particulier, celui où la chose vendue ne se trouve ni dans le lieu du contrat, ni dans le lieu du payement, décide qu'il faut suivre, pour le payement, la loi du lieu du contrat : « *Se la cosa venduta per avventura si truovasse fuori del territorio del regno, e fuori colui che dee pagare il prezzo convenuto, senza alcun dubbio che la consegna di quella e la soluzione di questo dovrebbono seguitare della maniera stessa come si farebbe fra noi* (3).

Ces diverses solutions contradictoires démontrent qu'il est fort difficile de poser, en cette matière, une règle générale, et que tout dépend des circonstances. Le payement est sans doute un des effets directs de la vente, mais seulement en ce qui tou-

(1) *Pand.*, liv. II, ch. XXXIX.
(2) T. II, p. 499.
(3) P. 383.

che l'obligation de payer : quant à la manière dont le payement doit être effectué, c'est un fait à part, postérieur et distinct, qui cependant ne peut être considéré abstraction faite des clauses dont il est un des éléments. De là, un doute profond sur le point de savoir si, dans une vente faite dans un lieu, moyennant un prix payable dans un autre, l'intention des parties s'est portée, quant à la détermination du prix, sur le lieu de la vente ou sur le lieu du payement.

605. Si les deux contractants, étrangers l'un à l'autre, sont réunis, au moment du contrat, dans le domicile de l'un d'eux, il me semble que le prix stipulé, payable dans un autre lieu, doit être calculé d'après la valeur monétaire du lieu du contrat. Un Hollandais vend à un Allemand, en Hollande, pour 2,000 florins de marchandises, payables en Allemagne. Il y a lieu de croire que les parties ont entendu parler des florins du lieu où elles contractaient, et que l'indication d'un lieu pour le payement n'a pu influer sur la détermination du prix fixé suivant la monnaie en usage dans le lieu du contrat.

Il en serait de même si le Hollandais avait vendu en Allemagne à un Allemand : il faudrait suivre la valeur des florins d'Allemagne (1).

Mais il en serait autrement, si les deux contractants, étrangers l'un à l'autre, se trouvaient dans un lieu qui n'est le domicile ni de l'un ni de l'autre. Un Hollandais vend en France, à un Allemand, des marchandises pour tant de florins, payables en Allemagne : c'est alors, sauf stipulations contraires, la valeur monétaire du lieu du payement qui doit servir de règle.

Dans ces différents cas, la réunion du vendeur et de l'acheteur, qui se trouvent momentanément soumis à la même loi, est une présomption qu'il y a eu accord de leur part pour suivre cette loi, et devient ainsi un élément de décision qui doit prévaloir en l'absence de présomptions plus fortes.

(1) « *Si Titius forensis contraxerit cum Caio cive ejus loci ubi contrahitur, sequi oportet Titium jus civitatis in quâ contraxit : contractus enim absolute ibi accepit originem et essentiam suam.* » Scotanus, *Disput.* 8, n. 15.

606. Mais si les deux parties, au lieu d'être réunies, sont séparées et absentes, si elles contractent par lettres, comme alors les consentements réciproques, bien qu'ils finissent par se réunir dans un même lieu, ont cependant été donnés sous l'influence d'une législation différente, l'élément de décision qui résultait de la réunion des contractants sous l'empire de la même loi, manque, et il faut en chercher un autre.

Peut-être se trouve-t-il dans cette circonstance, que celui qui propose un prix à une personne absente, et qui indique ce prix en se servant d'une dénomination monétaire représentant une valeur différente dans le lieu d'où part la proposition et dans le lieu où elle arrive, entend probablement parler de la valeur qu'il est présumé le mieux connaître, de sorte que l'acceptation de celui à qui la proposition est faite porte également sur cette valeur, qui se trouve réglée par la loi du lieu de la proposition, sans égard à celle du lieu où le payement doit être effectué.

Ainsi, un marchand espagnol écrit à son correspondant d'Amérique pour lui offrir des vins qu'il a dans ses magasins, moyennant tant de piastres, payables en Amérique. Le correspondant américain accepte. Dans ce cas, le prix se trouve fixé d'après la valeur de la piastre espagnole, et non d'après celle de la piastre américaine, non parce que c'est en Espagne que le marché s'est trouvé conclu en définitive (1), mais parce que c'est de là qu'est partie une proposition qu'on doit présumer faite en piastres espagnoles.

Au contraire, le correspondant américain écrit au marchand espagnol pour lui demander des vins, en lui offrant de les lui payer tant de piastres. Le marchand espagnol accepte. C'est alors d'après la valeur de la piastre américaine que le prix doit être fixé, parce que c'est d'Amérique qu'est partie une proposition qui a dû être faite en piastres américaines.

Mais si les parties, quoique séparées, stipulaient en pays étranger, et que la proposition partît d'un lieu où la monnaie indiquée n'est pas en usage, tandis qu'elle est en usage dans

(1) Voy. *sup.*, n. 579.

le lieu où le payement doit être fait, alors il faudrait suivre la valeur du lieu du payement, parce qu'il y aurait lieu de croire que le proposant a entendu se référer plutôt à cette valeur qu'à une valeur absente.

607. La réunion de deux étrangers dans un même lieu ne soumettrait pas les parties à la loi de ce lieu pour l'interprétation de leur intention, quant à la valeur de la monnaie indiquée, si ces deux étrangers appartenaient à la même nation. On devrait présumer alors qu'ils ont entendu s'en référer aux lois et aux usages de leur patrie, quand même le payement devrait être fait dans le lieu où elles ont contracté. « *Advenæ duo*, dit Scotanus (1), *qui sunt ejusdem territorii alio in loco simpliciter contrahentes fortuitò, ignari juris quod aliter observatur in loco contractûs quàm suo, non videntur secundum aliud ju quàm id quod in suâ patriâ obtinet contraxisse : adventitius hic casus quod simul in eum locum venerint, non hic computandus..... Idem arbitror procedere*, ajoute le même docteur, *cùm convenit inter eos ut statim vel post, ibi ubi contraxerunt fiat solutio ; intentio enim alia eorum non quam ut secundum leges suæ patriæ agerent.* »

608. Mais il en serait autrement, si les deux étrangers étaient domiciliés dans le pays où ils traitent, ou si, sans y être domiciliés, ils s'y étaient rendus exprès pour y contracter.

Ainsi, des marchands étrangers qui viennent à une foire pour vendre leurs marchandises, ou pour en acheter, se placent, par cela même, sous l'empire des lois locales qui régissent les conventions faites en foire, et, quoiqu'ils appartiennent à la même nation, le payement des ventes qu'ils se font doit être réglé d'après la valeur monétaire en usage dans ce lieu, quelle que soit d'ailleurs la valeur qui est attribuée dans leur patrie à l'expression monétaire qu'ils emploient; alors du moins que le payement doit se faire dans ce lieu, ou qu'il n'y a rien de stipulé relativement au lieu où il doit se faire ; car si ce payement devait se faire dans leur patrie, on devrait présumer qu'ils se sont référés à leur loi et à leurs

(1) *Disput.*, 8, n. 9 et 10.

usages nationaux. « *Sin autem*, dit encore Scotanus (1), *istuc non casu venerint, sed eo animo ut isto loco contraherent uti fieri solet in nundinis, ac merces ibi suas vel unus, vel ambo contrahentes habuerint, ut ibi eas possint distrahi, non dubito quin secundùm leges hujus loci et non patriæ, in lite eorum super controversiis ex negotiatione, ubi contractus sit, judicandum, si vel nihil sit dictum de solutione, vel maximè si convenerit ut ibi fieret solutio.* »

On le voit donc : tout dépend des circonstances de temps, de lieu, de nationalité. C'est donc d'après ces circonstances variables que le juge doit se guider. Mais si les faits étaient tels qu'on ne pût en faire sortir aucune présomption, soit pour le vendeur, soit pour l'acheteur, alors on devrait suivre la loi la moins avantageuse à celui qui a proposé et stipulé le prix, d'après le principe que, dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation (2) ; et comme c'est en général le vendeur qui stipule le prix, et l'acheteur qui l'accepte, on devrait suivre la valeur monétaire la plus faible, d'après cet autre principe que tout pacte obscur et ambigu s'interprète contre le vendeur (3); à moins qu'il ne résultât des circonstances que c'est l'acheteur qui a stipulé : auquel cas on devrait suivre la valeur monétaire la plus forte.

Je continue d'examiner les questions qui peuvent naître de l'interprétation des actes quant à leurs effets ou leurs suites.

609. En cas de prêt, la valeur restituable se règle, en quelque lieu que doive se faire la restitution, par la valeur de l'expression monétaire du lieu où le prêt a été fait. La restitution est l'effet immediat du prêt. Je vous prête en Allemagne 2,000 florins payables en Hollande ; c'est à moins de convention contraire, 2,000 florins valeur d'Allemagne, que vous devez me restituer, puisque vous devez me restituer ce que je vous ai prêté, et que je vous ai prêté des florins d'Allemagne.

(1) *Ubi sup.*, n° 11.
(2) C. Civ., art. 1162.
(3) Cod. Civ., art. 1602.

Mais si le prêt, soit qu'il s'agisse d'un prêt de consommation, soit qu'il s'agisse d'un prêt à usage, avait pour objet autre chose, qu'une somme d'argent, l'emprunteur qui ne pourrait rendre la chose, devrait en restituer l'estimation suivant la valeur de la chose au lieu où la restitution doit être faite, puisque la valeur de la chose prêtée, ou, ce qui revient au même, de la chose restituable, serait nécessairement déterminée dans l'intention des parties, par le lieu de la restitution : « *Si merx aliqua, veluti vinum, oleum, frumentum, quæ certo loco dari debebat, sit petita, et non detur, sanè tunc hujus loci æstimatio attendenda est, quo dari debuit* (1). » L'estimation de la chose prêtée serait alors une conséquence accidentelle du prêt, puisqu'elle naîtrait du fait postérieur de la non restitution en nature (2).

610. Le payement d'obligations transmissibles par voie d'endossement doit se faire suivant la valeur du lieu d'où l'effet est tiré, ou dans lequel il a été souscrit, si, dans le lieu où il est payable, la dénomination monétaire employée n'est pas en usage ; dans le cas contraire il doit être fait suivant la valeur du lieu où l'effet est payable.

Ainsi, pour le payement d'une lettre de change en piastres, tirée d'Amérique sur France, on devra réduire en francs la valeur de la piastre américaine : il ne peut y avoir aucun doute à ce sujet. Et peu importe, à cet égard, que le premier porteur de l'effet soit sujet d'une puissance chez laquelle la piastre a une valeur différente : le porteur ne peut être d'aucune considération dans un effet destiné à passer dans plusieurs mains avant d'arriver au lieu et au jour où il sera payé.

Au contraire, une lettre de change en piastres, tirée d'Amérique sur l'Espagne, doit être payée en piastres espagnoles. La promesse faite par lettre de change d'une somme payable dans un certain lieu, se rapporte naturellement au lieu où la somme est payable, puisqu'elle équivaut à la cession faite au preneur, ou à ses cessionnaires successifs, de la somme qui se

(1) Nicol. Reusnerus, *De quatuor obligat. caus.*, part. I, n. 78, cité par Boullenois, t. II, p. 500. — Cod. Civ., 1897.

(2) M. Rocco, p. 348.

trouve dans ce lieu. Si donc l'expression monétaire est la même dans le lieu d'où la lettre est tirée, et dans celui sur lequel elle est tirée, il faut suivre la valeur qui est, dans ce dernier lieu, attribuée à cette expression. Cependant M. Pardessus est d'une opinion contraire. Après avoir dit que dans le cas où un Allemand s'oblige, envers un Hollandais, à payer 2,000 florins, sans que l'acte porte quels florins les parties ont entendus, on doit suivre la valeur des florins du lieu où le contrat a été passé, il ajoute « qu'il est même difficile qu'il n'en soit pas ainsi dans tous les cas où le droit résultant de l'obligation est susceptible de négociation par voie d'endossement : car le lieu où seront jugées les contestations qui naîtront du défaut de payement est incertain lorsque la convention se forme, puisqu'il dépend des motifs et des circonstances qui décideront le porteur à s'adresser à tel plutôt qu'à tel autre des co-obligés. » Mais ce raisonnement, qui est concluant s'il s'agit d'établir que la valeur de l'effet ne peut varier, suivant qu'on s'adressera à tel plutôt qu'à tel autre des co-obligés (ce qui n'a probablement jamais été mis en question), ne prouve pas qu'on doive suivre la valeur du lieu où a été souscrite la lettre de change, plutôt que celle du lieu où elle est payable. Il faut sans doute qu'il y ait certitude de la somme due. Mais comme cette certitude existe dans un cas comme dans l'autre, elle ne peut être une raison de se décider pour l'un plutôt que pour l'autre. Il faut donc chercher une autre raison, qu'on trouve dans cette considération, qu'en cédant dans un lieu une somme payable dans un autre, l'expression de la valeur, lorsqu'elle est identique, est naturellement présumée se rapporter au lieu du payement, c'est-à-dire au lieu où se trouve la chose cédée (1).

Au surplus l'observation de M. Pardessus subsisterait, s'il s'agissait d'une obligation qui n'indiquerait pas un lieu précis pour le payement, par exemple, d'un billet à ordre payable chez le souscripteur : bien que le souscripteur changeât de do-

(1) M. Alauzet, t. II, n. 900, est d'une opinion contraire et rapporte l'expression de la valeur au lieu d'où la lettre de change est tirée par des motifs qui, je l'avoue, ébranlent mon opinion.

micile, il faudrait toujours suivre la valeur du lieu de la souscription. Il en serait de même s'il s'agissait d'un contrat à la grosse payable au lieu du reste que les éventualités de la navigation rendraient incertain.

611. Quelle que soit d'ailleurs la monnaie stipulée et en quelque lieu qu'elle ait été stipulée, le payement doit toujours être fait dans la monnaie courante du lieu où il est effectué (1). Il n'en serait autrement que s'il y avait convention expresse de payement en la monnaie stipulée.

Si la monnaie courante, dans le pays où le payement doit être fait, consistait en une monnaie métallique d'une valeur réelle inférieure à sa valeur légale, ou dans un papier-monnaie déprécié, le créancier que sa nationalité soumettrait aux lois qui ont attribué à cette monnaie une valeur qu'elle n'a pas, ou créé un papier sans valeur, serait sans contredit forcé de recevoir l'une ou l'autre, pour leur valeur nominale. Mais il n'en serait pas absolument ainsi, si le créancier était étranger. Il serait assurément contraint de recevoir la monnaie ou le papier du pays, mais seulement pour leur valeur réelle. Sans doute il ne pourra pas, dans le pays où est fait le payement, contraindre le débiteur à lui payer la différence, si la loi du pays s'y oppose; mais ce débiteur, qui ne se sera pas libéré complétement, pourra être cité par le créancier étranger, devant les juges de celui-ci, y être valablement condamné à parfaire le payement, et voir le jugement exécuté sur tous ceux de ses biens qui se trouveront en pays étranger, à la disposition de son créancier. Du reste, il n'est pas toujours nécessaire de recourir à cette extrémité ; il arrive souvent que les lois d'un pays, dont la valeur monétaire est dépréciée, établissent, dans l'intérêt du commerce, des règles particulières pour les payements à faire aux étrangers. C'est ce qu'on a vu, particulièrement en France, sous la Régence, pendant le règne du système de Law (2) et plus tard, pendant l'existence du papier-monnaie et des assignats (3).

(1) Code civil d'Autriche, art. 905; de Prusse, part. I, tit. v, §§ 256 et 257; et tit. II, § 32. Cod. comm. d'Espagne, art. 494. Voy. M. Fœlix, n. 120.

(2) Règle, du 27 mai 1719.

(3) Loi du 29 niv. an IV. — L'art. 29 d'un traité fait en 1667 entre l'An-

Il faut même remarquer, en ce qui touche les payements faits aux nationaux, que si ceux-ci sont plus tard tenus de restituer à des étrangers ce qu'ils ont reçu pour leur compte, en monnaie ou valeur dépréciée, ils ne doivent restituer que la valeur réelle qu'ils ont reçue, et non pas la valeur nominale. C'est ainsi qu'il a été jugé le 26 germinal an XIII, par la Cour de cassation (1), qu'un banquier de Paris qui, pendant le cours forcé des assignats, avait été chargé, par une maison de commerce étrangère, d'acquitter pour elle des lettres de change qu'un autre banquier avait refusé d'accepter, et qui, pour se couvrir de la provision nécessaire, avait négocié sur la place, en assignats, des traites sur ses commettants étrangers, et qui ensuite, faute par le porteur des lettres de change, de s'être présenté, était tenu de restituer à la maison étrangère les valeurs qu'il s'était procurées par la négociation de ses propres traites, devait cette restitution, non en monnaie de l'époque où elle était demandée, mais en monnaie de l'époque où la négociation avait été faite, c'est-à-dire en assignats, ou en valeurs représentatives, au taux de l'échelle de dépréciation.

Aux termes de l'art. 1895 du Code civil l'obligation qui résulte d'un prêt en argent n'est toujours que de la somme numérique énoncée au contrat; de telle sorte que s'il y a eu augmentation ou diminution d'espèces avant l'époque du payement, le débiteur doit rendre la somme numérique prêtée, et ne doit rendre que cette somme dans les espèces ayant cours au moment du payement. Cette disposition, qui est contraire aux notions économiques les plus certaines en fait de monnaie (2), oblige nécessairement les nationaux dans les contrats qu'ils font ensemble, mais elle ne les oblige pas dans les contrats qu'ils font avec les étrangers, payables en pays étran-

gleterre et l'Espagne, porte : « Que les peuples et sujets des royaumes respectifs ne seront point contraints, sur les États, territoires, pays ou colonies de l'autre, de vendre leurs marchandises pour de l'argent monnayé de cuivre, ni de les troquer pour d'autres monnaies, ou autres choses contre leur gré ; ou après les avoir vendues, d'en recevoir le payement en d'autres espèces que celles dont on est convenu en les marchandant, nonobstant toutes les lois et les coutumes contraires au présent article. »

(1) S., 2, 1, 98.

(2) Voy. liv. V.

ger, pas plus qu'elle n'oblige les étrangers qui prêtent aux Français des sommes payables en France.

Ainsi, un Espagnol promet à un Français de lui payer 500 piastres; mais depuis la convention, la valeur intrinsèque de la piastre espagnole a été diminuée, bien que sa valeur nominale soit restée la même, ou bien la valeur intrinsèque est restée la même, quand la valeur nominale a été augmentée. Dans ce cas, l'Espagnol ne sera valablement libéré qu'en payant, en piastres ayant cours au jour du payement, une valeur intrinsèque égale à celle des piastres au jour de la convention. Il en serait de même de l'obligation contractée par un Français vis-à-vis d'un Espagnol si, entre la convention et le payement, il y avait variation dans la valeur des monnaies françaises. Dans l'un et l'autre cas, les difficultés que le créancier pourrait rencontrer pour obtenir ce qui lui est dû, ne porteraient pas atteinte à son droit, qui resterait entier, bien qu'il fût paralysé ou retardé dans son exercice par les obstacles que lui opposerait la législation locale (1).

612. Le mode de payement nous conduit à parler de la quittance. La quittance est valablement donnée en la forme suivie dans le lieu du payement, bien que cette forme soit autre dans le lieu du contrat. Elle est une suite de la convention, mais non un de ses effets médiats ou immédiats; c'est un acte *ex post facto* qui évidemment est régi par la loi locale. La quittance conforme à cette loi fait donc preuve du payement, et établit la libération du créancier dans le lieu de la convention.

613. Mais cela n'est vrai que d'une quittance proprement dite, et non de certains actes auxquels la loi locale attribue pour effet de produire libération et de valoir quittance. Ainsi, aux termes de l'article 516 du Code de commerce, le concordat fait par un débiteur failli est obligatoire pour tous ses créanciers, portés ou non portés au bilan, vérifiés ou non vérifiés, et même pour les créanciers domiciliés hors du territoire continental de la France. C'est-à-dire que le débiteur se trouve libéré, vis-à-vis de ses créanciers, jusqu'à concurrence

(1) M. Pardessus, n. 1495.

des remises qui lui sont faites par le concordat, et qu'il n'est plus tenu envers eux que des créances ainsi réduites. Il suit de cette disposition que tous les créanciers français d'un débiteur, dont la faillite a été déclarée et instruite en France, sont liés par le concordat obtenu par le débiteur, alors même qu'ils n'y auraient pas figuré, et quoiqu'ils soient domiciliés en pays étranger. Mais il en sera tout autrement des créanciers étrangers : le concordat est un mode particulier de libération établi par la loi civile et qui ne peut être opposé qu'à ceux que leur nationalité soumet à cette loi. Il suppose, de la part du créancier, l'abandon d'une partie de sa créance; et s'il ne consent pas à l'abandonner, la loi y consent pour lui. Il faut donc, pour que ce consentement puisse lui être opposé, que cette loi l'oblige, ou du moins qu'il se trouve placé sous son empire. Sans doute un créancier étranger, bien qu'il n'ait pas adhéré à un concordat, ne pourra obtenir en France plus de droits que les créanciers français, parce que la loi française ne peut admettre deux ordres de créanciers, et favoriser l'étranger plus que le Francais. Mais s'il assigne son débiteur devant un tribunal étranger, celui-ci ne pourra pas lui opposer utilement le concordat fait en France, et auquel le créancier n'a pas adhéré. De même un étranger qui ayant fait faillite dans son pays y a obtenu un concordat, ne peut se prévaloir de ce concordat pour repousser les poursuites que dirigeraient contre lui, en France, ses créanciers français.

Un auteur, en émettant la même opinion (1), semble supposer que si un concordat, obtenu par un étranger, était homologué en France, ou du moins que si le jugement d'homologation, émané d'un juge étranger, était rendu exécutoire en France, le concordat pourrait être opposé aux créanciers français qui n'y ont pas adhéré. Je ne crois pas cette opinion doive être admise. On comprend, comme nous le verrons plus tard (2), qu'un jugement rendu en pays étranger entre étrangers, ou entre un Français et un étranger, puisse et doive être exécuté en France quand il y a été rendu exécu-

(1) Lainné, *Comm. analyt. sur la loi du* 8 *juin* 1838, p. 254, sur l'art. 516.
(2) Voy. *inf.*, sect. 5.

toire, parce qu'une condamnation prononcée par un juge compétent, est exécutoire partout où l'autorité publique, en s'appropriant le jugement qui prononce la condamnation, consent à lui prêter son appui. Mais il en est autrement, quand le jugement, au lieu d'être l'exercice d'une juridiction contentieuse, et de prononcer entre deux parties, sur le litige qui les divise, est un simple acte de tutelle, destiné seulement élever une convention particulière à la hauteur d'un acte public, et à la rendre opposable à ceux qui n'y ont pas été parties. Il est évident, dès lors, que cet acte de tutelle ou d'administration ne peut être apprécié séparément de la convention particulière à laquelle il se rapporte, et qu'il ne peut jamais être opposable qu'à ceux qui ont été parties à cette convention, ou à ceux que la loi locale répute y avoir été parties. Et comme la loi qui déclare le concordat obligatoire pour les créanciers absents, ne peut être opposable aux étrangers qui ne sont pas domiciliés sous son empire et dans le territoire qu'elle régit, il en résulte que ce concordat obtenu par un étranger dans son pays, ne peut être utilement homologué, en France, au préjudice des créanciers français qui n'y ont pas adhéré, et que le jugement d'homologation ne peut y être rendu exécutoire; parce que si une simple formalité peut assurer l'exercice d'un droit préexistant, cette formalité ne peut jamais suffire pour créer un droit qui n'existe pas (1).

614. Nous examinerons plus loin la question de savoir si le concordat auquel un Français a adhéré en pays étranger, et si le concordat obtenu par un Français en pays étranger, ont besoin, pour pouvoir être opposés en France, d'y être homologués, ou d'y être rendus exécutoires (2).

615. De ce que, en règle générale, c'est la loi du lieu où le payement doit être effectué qui règle le mode de payement et la forme de la quittance, il suit que c'est encore cette loi qui doit servir de règle pour les offres de payement et la consignation qu'est autorisé à faire le débiteur qui veut se

(1) Voy. encore *inf.*, sect. 5. — Voy. aussi M. Renouard, *des Faillites*, t. II, p. 114.

(2) Voy. note 3, page précédente.

libérer quand le créancier ne se présente pas pour recevoir, ou refuse de recevoir. Il est de toute évidence que pour l'accomplissement de ces formalités le débiteur ne peut recourir qu'à la loi locale (1).

Et cette règle s'applique non-seulement à la forme des offres et de la consignation, mais aussi à la faculté même de consigner. C'est ce qui a été jugé par la cour de cassation, le 5 octobre 1814 (2), à l'occasion d'un billet souscrit par un Français, en Espagne, au profit d'un Espagnol, et payable à son domicile en France. La cour a décidé que, faute par le porteur de s'être présenté dans les trois jours de l'échéance, le souscripteur du billet avait pu se libérer en consignant la somme due conformément à l'article 1er de la loi du 6 thermidor an VIII, attendu que cette loi ne fait aucune distinction entre les porteurs étrangers et les porteurs nationaux.

616. Le payement de toute dette doit comprendre les intérêts lorsqu'ils sont dus soit aux termes de la convention, soit aux termes de la loi ; d'où naît la question de savoir par quelle loi les intérêts sont réglés quand la dette sur laquelle ils sont dus a été contractée dans un lieu et que le payement doit être effectué dans un autre. Occupons-nous d'abord des intérêts dus en vertu de la convention.

La règle générale est que lorsqu'il s'agit de reconnaître la légitimité du taux de l'intérêt conventionnel, il faut suivre la loi du lieu où le contrat a été passé : « *Cùm judicio bonæ fidei disceptatur, arbitrio judicis usurarum modus ex more regionis ubi contractum est, constituitur* (3). » Et Godefroy, dans ses notes sur cette loi, fait remarquer que la décision est applicable au cas où la demande est formée dans un lieu où il existe une loi différente : *etiam si alio loco agatur*. L'obligation de servir l'intérêt conventionnel est évidemment un des effets immédiats du contrat et de l'obligation principale. Il doit dès lors être soumis à la même loi (4). La question de savoir si une

(1) M. Pardessus, n. 1495.

(2) S. 4. 1. 613.

(3) L. I ff., *De usuris*.

(4) M. Merlin, *Répert.*, v° *Effet rétroactif*, t. XVI, p. 258 ; et *Hypoth.*, t. V, p. 852 ; Rodemburg, *De jure quod oritur*, tit. IV, part. 2, ch. II, n. 9 et 6.

stipulation est licite ou illicite du moins en ce qui n'intéresse pas essentiellement l'ordre public dans le lieu où le contrat doit être exécuté (1), se décide d'ailleurs par la loi qui règle la forme du contrat, et conséquemment par la loi du lieu où le contrat est passé : « *Licita vero sit an illicita stipulatio*, dit Burgundus, *à formâ videtur proficisci et ideò ejusdem legibus dirigitur quibus ipsa forma, et ad locum contractus collimare oportet.* » C'est pourquoi, ajoute-t-il, le taux des intérêts ne peut être réglé que par la loi du lieu où les parties ont contracté : « *Quare et usurarum modus is constituendus est qui in regione in quâ contractus est legitimè celebratus* (2). »

C'est par une juste application de cette règle qu'il a été jugé, le 26 janvier 1831 par la cour de Bordeaux (3), et par la cour de cassation le 10 juin 1857 (4) que lorsque deux Français sont convenus en pays étranger, où ils étaient domiciliés, d'un intérêt au-dessus de 5 pour cent en matière civile, ou 6 pour cent en matière commerciale, la convention est exécutoire en France, si elle est conforme à la loi du lieu du contrat (5).

En serait-il de même quelle que fût la loi du domicile de l'une et de l'autre des parties, et alors même qu'elles auraient, de dessein prémédité, contracté dans un lieu plutôt que dans un autre? Boullenois n'hésite pas à se prononcer pour l'affirmative, et il rapporte que de son temps, alors qu'il était défendu de constituer des rentes à un taux plus élevé que le denier 30, ceux qui voulaient emprunter au denier 10, envoyaient des procurations pour passer des contrats à Pontoise, dans le ressort du parlement de Normandie, où l'édit n'avait pas été enregistré (6).

Mais cette opinion ne me paraît pas devoir être admise. Le déplacement intentionnel des parties qui se rendraient dans un lieu pour y stipuler des intérêts sous l'empire d'une loi

(1) Voy. *sup.*, n. 575 *bis*.
(2) Burgundus, *Ad consuet. Flandriæ*, n. 9 et 10.
(3) S. 31. 2. 178; D. 31. 2. 80.
(4) S. 59. 1. 753.
(5) V. Cependant M. Demangeat sur Fœlix, t. I, p. 232, note *a*.
(6) T. II, p. 472. Voy. *ibid.*, les anciens arrêts cités par Boullenois.

qui autorise un intérêt conventionnel plus élevé que celui de leur domicile, constituerait une fraude à la loi dont l'une ne pourrait profiter et qui ne pourrait obliger l'autre (1).

617. Il en serait ainsi alors même qu'un immeuble serait hypothéqué à la dette, et que la loi de la situation de cet immeuble, soit qu'elle fût ou non celle du lieu du payement, n'admettrait pas un intérêt aussi fort que celui qui a été stipulé conformément à la loi du lieu du contrat. Aussi a-t-il été très-bien jugé par la cour de cassation, le 14 messidor an XIII, que lorsque le fonds hypothéqué est situé dans un pays où le prêt à intérêt est défendu, et que le contrat a été passé dans un pays où le prêt à intérêt est permis, le tiers détenteur poursuivi par l'action hypothécaire ne peut point, pour y échapper, prétendre que les intérêts payés doivent être imputés sur le capital, conformément à la loi du lieu où le fonds hypothéqué est situé; on doit dans cette circonstance se rattacher à la loi du lieu du contrat (2). Cette décision est contraire au sentiment de Voët (3) qui, tout en convenant que c'est par la loi du lieu contrat que l'on doit juger de la légitimité ou de l'illégitimité des intérêts d'un capital prêté, soutient qu'il en est autrement lorsque, pour la sûreté du prêt, il a été donné une hypothèque, et que dans ce cas on ne doit s'arrêter qu'à la loi du lieu où sont situés les immeubles hypothéqués : « *Si quœratur cujus loci leges spectandœ sint, in quœstione, utrum mutuum post acceptas usuras repeti possit nec ne, discendum est : in simplici quidem mutuo locum contractûs inspici oportere... Ast ubi pro mutuo res immobilis solemniter coram lege loci pignori obligata fuit, certum est inspici oportere leges loci in quo immobilia hypothecœ vinculo affecta sita sunt, eo quod tralatitium est immobilia secundum leges loci in quo existunt, regi.* » Mais comme le faisait très-bien remarquer M. Merlin dans ses conclusions sur l'affaire précitée, Voët confond ici la manière d'acquérir hypothèque en vertu d'une obligation, et les effets que doit produire l'obligation hypothéquée. Sans

(1) V. M. Demangeat sur Fœlix, t. II, p. 232, note *b*.
(2) S. 2. 1. 133.
(3) *Ad Pandect. de rebus creditis*, n. 29.

doute, en tout ce qui touche les formalités requises pour acquérir hypothèque, on ne doit consulter que la loi du lieu de la situation des biens; mais pour déterminer les effets d'une obligation hypothéquée de la manière prescrite par la loi de la situation des biens, on ne doit consulter que la loi à laquelle l'obligation elle-même est soumise. La stipulation des intérêts tient à la substance même de l'obligation; tandis que l'hypothèque n'est que l'accessoire extrinsèque d'une stipulation légitime en soi, autorisée par la loi du lieu où le contrat est passé, et sur laquelle la loi du lieu où est situé l'immeuble hypothéqué ne peut dès lors exercer aucune influence, « *Quia ratio hypothecæ non habetur quæ hac in re nihil conferens ad substantiam obligationis, tantum extrinsecus accidit legitimæ obligationis* (1).

618. Mais pourrait-on stipuler des intérêts plus forts que ceux qui sont dus dans le lieu du contrat, si d'ailleurs ils étaient conformes à la loi du lieu du payement? Godefroy décide la négative. « *An idem futurum licet autem maximas usuras Capuæ permissas, Lutetiæ (ubi minimæ tolerantur) stipulari?* » Et il répond négativement, « *odio usurarum. Talis enim stipulatio neque Lutetiæ valebit, quia ab initio, neque Capuæ quia ex post facto non convalescit* (2). »

Je crois qu'il faut distinguer. Si le lieu du payement n'est le domicile ni de l'une ni de l'autre des parties qui contractent dans un autre lieu ; elles ne peuvent stipuler l'intérêt légal du lieu du payement, parce que la loi de ce lieu ne régit ni leur personne ni leur convention, et que le payement qui doit se faire dans ce lieu est un acte postérieur qui ne peut valider une convention nulle dès le principe d'après la loi sous l'empire de laquelle elle est faite. On peut alors dire avec Godefroy, *quia ex post facto non convalescit*.

Mais si les deux parties ou l'une d'elles sont domiciliées dans le lieu désigné pour le payement, il me semble qu'elles peuvent

(1) Burgundus, *ibid.*

(2) Sur la loi 20, ff. *De juridict.* — Boullenois, t. II, p. 477, semble du même avis; mais je ne suis pas bien sûr qu'il se soit placé dans la même hypothèse que Godefroy.

stipuler les intérêts au taux fixé dans ce lieu, puisque, d'après les principes déjà développés (1), la loi locale ne régit les actes faits par les étrangers qu'autant que ceux-ci ne lui préfèrent pas leur loi nationale.

619. De même que les intérêts conventionnels, les intérêts légaux, c'est-à-dire, qui sont dus sans convention et par la seule vertu de la disposition de la loi, sont réglés par la loi du lieu où le contrat a été conclu. Il y a dans l'un et l'autre cas même raison de décider.

Il suit de là que l'intérêt légal d'une obligation contractée en Algérie même par deux Français sera de dix pour cent, bien qu'elle soit payable en France, où le taux de l'intérêt légal n'est que de cinq ou de six pour cent, pourvu toutefois que les deux Français ne se soient pas rendus en Algérie dans le but d'éluder la loi française sur le taux de l'intérêt (2).

Il suit encore de là que, si d'après la loi du lieu du contrat l'obligation était de plein droit productive d'intérêts, tandis que dans le lieu désigné pour le payement elle n'en pourrait produire que s'il y avait convention expresse à cet égard, il faudrait suivre la loi du contrat; car si cette loi doit être suivie quand il s'agit de régler le taux des intérêts, elle doit, par la même raison, être suivie quand il s'agit de savoir si des intérêts sont dus. Il n'y a ici d'autre différence que celle du plus au moins.

A plus forte raison doit-on décider de même dans tous les cas qui précèdent, quand aucun lieu n'a été déterminé pour le payement. L'intérêt se règle par la loi du lieu du contrat, quel que soit le lieu dans lequel, par l'effet de circonstances ultérieures, le payement doive plus tard s'effectuer.

620. Ces règles cessent d'être applicables si, au lieu d'intérêts conventionnels ou légaux, il s'agit d'intérêts *moratoires*, c'est-à-dire des intérêts dus par le débiteur faute par lui d'avoir payé la dette dans le temps déterminé par la convention. Ces intérêts sont réglés par la loi du lieu du payement, parce que c'est là que se manifeste le fait qui leur donne naissance, et que les conséquences de ce fait dépendent naturellement

(1) *Sup.*, n. 572.
(2) Voy. *sup.*, n. 616.

de la loi sous l'empire de laquelle il se produit. Sans doute le droit aux intérêts naît alors à l'occasion du contrat, mais il naît d'une cause nouvelle et purement accidentelle *ex post facto*, en dehors des stipulations originaires, qui en est indépendante, et dont la loi du payement doit seule dès lors déterminer les effets : « *Quia ubi certus locus solutionis faciendæ destinatus est*, *tunc non factâ solutione in termino, et loco præfixo*, *mora dicitur contrahi in loco celebrati contractûs* » (1).

Mais quand dans un contrat de prêt on n'a désigné aucun lieu pour le payement, quelle loi règlera l'intérêt moratoire ? Sera-ce celle du domicile du débiteur, ou celle du domicile du créancier ? Il faut distinguer entre le cas où le débiteur est mis en demeure par le fait seul de l'échéance du terme, et celui où il n'est en demeure qu'autant qu'il est interpellé par le créancier. Dans le premier cas, l'échéance du terme interpellant le débiteur, celui-ci est dès lors forcé d'aller trouver le créancier pour le payer, afin de ne pas se trouver en retard ; c'est donc au domicile du créancier où le payement doit être fait que se manifeste ce retard, et c'est dès lors la loi de ce domicile qui règle les intérêts moratoires.

Au contraire, quand le créancier doit interpeller le débiteur à son domicile et lui demander le payement, comme le débiteur n'est en demeure qu'autant que cette interpellation lui a été adressée, il en résulte que le retard ne se manifeste qu'à son domicile, où doit avoir lieu l'interpellation et par suite le payement, et que les intérêts moratoires sont réglés par la loi de ce domicile (2). C'est donc la loi de ce domicile qui décidera si, pour faire courir les intérêts, il faut une simple interpellation, ou une demande judiciaire (3).

Si dans les deux cas qui précèdent, le créancier ou le débiteur, au domicile duquel se produit le retard, suivant que l'obligation est payable au domicile de l'un ou de l'autre, changeait de domicile dans le temps intermédiaire à l'obligation et à son échéance, devrait-on régler les intérêts mora-

(1) Everard, *Consil.* 68 ; Boullenois, t. II, p. 477 ; M. Rocco, p. 342.
(2) Boullenois, t. II, p. 478.
(3) Cod. civ., 1153.

toires d'après la loi du domicile au jour du contrat, ou d'après la loi du domicile au jour de l'échéance et de la mise en demeure ?

Boullenois, qui examine la difficulté (1), se prononce pour la loi du domicile au jour de l'échéance ou de la mise en demeure, par le motif que c'est dans le nouveau domicile que la demeure est encourue, puisque c'est à ce domicile que de part ou d'autre doivent être faites les diligences ou les interpellations ; d'où il conclut qu'il faut dans ce cas, comme dans tous les autres, observer la loi du lieu où se fait la demeure, pour le règlement d'intérêt sur lesquels ne peut exercer aucune influence la loi d'un domicile antérieur qui ne saurait régir les faits nouveaux qui se sont ultérieurement manifestés.

On peut répondre, il est vrai, qu'il ne saurait dépendre du créancier ou du débiteur de changer leur position et leurs droits respectifs en changeant de domicile ; et qu'on doit présumer que dans ce cas les parties se sont tacitement soumises à la loi du domicile qu'elles avaient au jour du contrat, dans lequel prend sa source l'action dont elles sont passibles : « *Quia cùm statim actio ex contractu nascatur*, dit Vinnius (2), *et jus conveniendi reum in loco domicilii creditori quœratur, cùm quo forte alias non contraxisset, jus illud creditori facto debitoris adimi non debet.* »

Mais cette objection ne me paraît pas convaincante. Elle laisse subsister le fait décisif de la demeure au nouveau domicile. On peut dire alors, des intérêts moratoires, ce qui a déjà été dit de la prescription (3) : ils sont la peine du retard ; ils doivent donc être determinés par la loi du lieu où la peine a été encourue. Sans doute, le changement de domicile peut tromper les prévisions du débiteur ; mais c'est à lui à se mettre en mesure d'éviter, en payant ce qu'il doit lorsqu'il est en demeure, les effets d'un retard qui est de son fait.

De même que le changement de domicile de créancier ne peut excuser le débiteur de n'avoir pas payé, de même aussi

(1) T. II, p. 478.
(2) *Instit.*, lib. IV, tit. VI.
(3) Voy. *sup.*, n. 559.

le créancier doit accepter les conséquences de ce non-payement, telles qu'elles sont déterminées par la loi du nouveau domicile du débiteur, parce qu'il savait, en contractant, que c'était à ce domicile qu'il devait être payé, et que dès lors il acceptait d'avance la position qui lui serait faite par cette loi, dans le cas où le retard se manifesterait sous son empire : le tout, bien entendu, sauf les cas de fraude.

Le principe d'après lequel les intérêts moratoires sont déterminés par la loi du lieu du payement, est applicable alors même qu'il s'agit d'une dette productive d'intérêts dont le contrat détermine le taux. Ces intérêts conventionnels sont dus jusqu'à l'échéance du capital, ou jusqu'à la mise en demeure : quant aux intérêts postérieurs, ils ne sont dus qu'au taux déterminé par la loi locale ; car alors il s'agit d'intérêts qui sont dus, non en vertu de la convention qui n'a pu produire d'effet que jusqu'à la mise en demeure, mais en vertu de la loi et uniquement à cause du retard. C'est ainsi qu'il a été jugé le 14 janvier 1825, par la cour d'Aix (1), qu'une stipulation d'intérêts souscrite en pays étranger conformément à la loi du pays, n'avait effet en France qu'en ce qui touche les intérêts échus avant la demande judiciaire; et que les intérêts courus depuis cette demande ne devaient être accordés qu'au taux déterminé par la loi française.

Il en serait cependant autrement si les intérêts avaient été stipulés non jusqu'à l'échéance mais jusqu'à parfait remboursement du capital : dans ce cas, il n'y aurait pas à proprement parler d'intérêts moratoires ; il n'y aurait qu'une continuation des intérêts conventionnels (2).

621. Les règles qui précèdent relativement aux intérêts moratoires sont également applicables aux dommages-intérêts dus pour inexécution ou retard dans l'exécution d'une obligation. Il y a dans l'un et l'autre cas même raison de décider. Les intérêts moratoires ne sont d'ailleurs et à vrai dire que les dommages-intérêts auxquels donne lieu le retard

(1) S. 8. 2. 7; D. 25. 2. 145. — V. aussi Demangeat sur Fœlix, t. I, p. 233, note *a*.

(2) Voy. cass. 10 juin 1857, S. 59. 1. 753.

dans l'exécution d'une obligation consistant dans le payement d'une certaine somme d'argent (1).

622. Cependant, il y a une sorte de dommages-intérêts particuliers aux matières commerciales à laquelle, suivant M. Pardessus, ne serait pas applicable le principe qui fait régir les dommages-intérêts dus pour inexécution ou non-payement, par la loi du lieu où devait s'accomplir l'exécution ou le payement. Il s'agit du *rechange* que le porteur d'une lettre de change protestée, qui fait retraite sur le tireur ou l'un des endosseurs, est en droit de répéter contre eux en le joignant au capital de la lettre. Ce rechange représente les dommages-intérêts du non-payement de la lettre à son échéance. « Le rechange, dit Toubeau (2), a été inventé par les Gibelins, lorsque, par la faction des Guelphes, ils furent chassés d'Italie; et s'étant retirés à Amsterdam, ils se servirent de lettres de change comme les Juifs, pour retirer leurs effets de France; mais ils commentèrent sur cette innovation des Juifs, prétendant des dommages-intérêts quand leurs lettres n'étaient point acquittées; et ces dommages-intérêts ont depuis été appelés en cette matière, *rechange.* » L'article 8 d'un édit de Louis XI, de 1462, qualifie aussi le rechange de dommages-intérêts.

En France le cumul des rechanges n'est pas autorisé (3). Les divers endosseurs, garants successifs, qui font retraite les uns sur les autres, n'ont droit qu'à un seul rechange et ne peuvent supporter que celui auquel donne lieu le recours formé contre chacun d'eux. Dans d'autres pays ce cumul est permis. Si donc une lettre de change a été tirée d'un pays où ce cumul est permis, le tribunal français, soumis à une loi qui le prohibe, devra cependant, suivant M. Pardessus (4), condamner le tireur et les endosseurs appelés devant lui en garantie, à rembourser les rechanges cumulés. Les motifs donnés par cet auteur sont que celui qui a créé une lettre de

(1) Cod. civ., 1153.
(2) *Instit. du droit consul.*, liv. II, tit. v, ch. v, p. 183.
(3) Cod. comm., 183.
(4) N. 1500.

change dans un pays où le cumul des rechanges est permis, est supposé donner par cela même un pouvoir indéfini de la négocier à ses risques en quelque pays que ce puisse être ; et que chacun des endosseurs a garanti ce payement et donné lui-même à l'endosseur subséquent, et à tous les autres qui lui succèdent, un pouvoir semblable, parce que les conventions n'obligent pas seulement à ce qu'elles expriment, mais encore à ce qui doit y être suppléé d'après l'usage du lieu où elles sont passées. « A la vérité, ajoute-t-il, en appliquant ce principe aux endosseurs, on pourrait dire que chacun d'eux n'est pas présumé avoir promis autre chose que ce que contient l'endossement qu'il a souscrit, ou que ce qu'y fait supposer la loi du lieu ; mais aussi ce n'est pas sous ce point de vue que la question doit être envisagée. L'obligation de payer des dommages-intérêts fait partie de la convention intervenue entre le tireur et le preneur. Le pouvoir de négocier la lettre partout où on le voudra faisant partie de cette lettre, et par conséquent de l'obligation principale, est réputé l'ouvrage de chaque endosseur qui cède la créance avec cette clause : chacun s'est porté caution de toutes les obligations du tireur; chacun d'eux peut donc dans l'espèce présente être contraint de payer tous dommages-intérêts auxquels le défaut d'acquittement de la lettre peut donner lieu. »

Je ne crois pas que l'opinion de M. Pardessus doive être admise dans toute son étendue. Sans doute ceux qui ont tiré et endossé une lettre de change dans un pays où le cumul des rechanges est autorisé par la loi, sont tenus, bien que la lettre soit payable dans un lieu où ce cumul n'est pas autorisé, des rechanges qui auront été cumulés sous l'empire de la loi qui les autorise; mais il me semble qu'il n'y a pas lieu au cumul des rechanges pour les endossements de cette lettre de change passés sous une législation qui n'admet pas ce cumul.

Supposons une lettre de change tirée d'Angleterre, où le cumul des rechanges est admis (1), sur France, où il est défendu, et que cette lettre de change, avant d'arriver à son échéance

(1) *Revue étrangère de législation*, t. II, p. 616; Westoby, p. 206.

en France, ait été transmise à plusieurs endosseurs successifs, en Angleterre d'abord, et en France ensuite. Le tireur anglais s'est soumis en émettant la lettre, à supporter plusieurs rechanges ; et les endosseurs anglais, en se portant garants de cette obligation, se sont eux-mêmes soumis à supporter les rechanges, parce que, quel que soit le lieu du payement, il n'en est pas moins vrai que la lettre de change et les endossements successifs passés en Angleterre, constituent autant d'obligations distinctes qui peuvent donner lieu à autant d'actes d'exécution faits au domicile de chacun des endosseurs, et dont les effets, d'après les principes que j'ai déjà plusieurs fois développés, seront régis par la loi du lieu où l'obligation a été contractée, et où en même temps elle doit être exécutée. Il pourra donc y avoir cumul des rechanges occasionnés par les endossements anglais; et en quelque lieu que le tireur et les endosseurs anglais soient assignés en payement de la lettre et des frais de retour, les rechanges cumulés en Angleterre devront être compris dans le montant de la condamnation.

Mais les mêmes motifs empêchent qu'il en puisse être ainsi relativement aux endossements passés en France. Comme chaque endossement constitue un acte distinct qui, dans les effets qu'il doit produire à l'égard de l'endosseur, doit être considéré en lui-même et apprécié d'après sa teneur ou la loi qui supplée à sa teneur, il faut nécessairement en conclure que les endossements faits en France sous l'empire d'une loi qui défend le cumul des rechanges, ne peuvent soumettre les endosseurs à ce cumul sous l'unique prétexte que le tireur et les endosseurs anglais de cette même lettre de change y sont soumis par leur législation particulière.

Dans ce cas, le porteur français qui recourra contre son endosseur français, et les endosseurs français qui recourront les uns contre les autres, ne pourront cumuler les rechanges de ces traites successives, même vis-à-vis du tireur ou des endosseurs anglais, desquels ils ne sauraient être fondés à réclamer le remboursement d'une dépense que la loi française ne reconnaît pas. Mais le porteur et les endosseurs

français pourront, en recourant contre les endosseurs anglais, cumuler les rechanges sur ces différents endosseurs en tirant successivement autant de retraites qu'il y a d'endosseurs anglais, et mettre ainsi en définitive tous ces rechanges à la charge du tireur anglais.

En résumé, il y aura deux phases distinctes dans l'ensemble des recours auxquels donnera lieu le non-payement de la lettre de change; l'une, comprenant le recours contre les endosseurs français, qui sera régie par la loi française; l'autre comprenant le recours contre les endosseurs anglais, qui sera régie par la loi anglaise : c'est le seul moyen de combiner les deux législations et de déterminer équitablement les droits actifs et passifs de tous les intéressés (1).

Si au contraire il s'agissait d'une lettre de change tirée de France sur l'Angleterre, il faudrait renverser la solution. Le porteur et les endosseurs anglais pourraient entre eux cumuler les rechanges; mais, lorsque l'exercice du recours en garantie viendrait à être exercé en France, il n'y aurait plus qu'un seul rechange possible, et le tireur français ne pourrait en aucun cas être tenu des rechanges qui auraient été cumulés en Angleterre.

623. C'est une question que de savoir si la solidarité des codébiteurs dépend de la loi sous laquelle ils contractent, de la loi de leur domicile, ou de la loi du lieu du payement. Boullenois (2) examine la difficulté en ne mettant en présence que la loi du lieu du contrat et celle du domicile. Il suppose que plusieurs particuliers domiciliés sous une coutume qui n'admet pas les codébiteurs solidaires à exciper du bénéfice de division, se sont engagés solidairement dans un lieu où la coutume autorise les codébiteurs solidaires à exciper de ce bénéfice; et il demande quelle loi régira ces codébiteurs (3). D'une part, il lui paraît que l'exception de division appartient au lieu du contrat, puisque les co-obligés solidaires sont

(1) Fœlix; t. I, n. 109; Demangeat sur Fœlix, t. I, p. 253, note *a*.

(2) T. II, p. 463,

(3) Le bénéfice de division ne peut être invoqué aujourd'hui que par les cautions solidaires. (Cod. civ., 2026.)

plus ou moins étroitement obligés selon qu'il y a division ou qu'il n'y a pas division ; et par conséquent que c'est la loi du contrat qu'il faut consulter. D'autre part, il considère que ce bénéfice de division est une exception personnelle contre l'action, puisque les co-obligés qui en excipent se défendent par les lois qui les régissent : ce qui conduit à décider en faveur de la loi du domicile. Dans ce conflit, Boullenois ne voit rien de mieux à faire que d'abandonner la rigueur des principes pour se rattacher aux considérations de faveur qui tendent toujours à soulager le débiteur, et il conclut qu'on doit embrasser la loi du contrat, ou la loi du domicile, suivant que l'une ou l'autre est plus favorable à ce débiteur.

Mais cette solution, qui ne résout rien, n'est pas satisfaisante : il faut donc en chercher une autre.

En rapportant l'opinion de Boullenois, j'ai indiqué l'espèce même sur laquelle il s'explique ; mais on peut généraliser la question, pour y comprendre les cas qui sont de nature à se présenter le plus ordinairement, et se demander à quelle loi il faut recourir pour juger si, en l'absence de toute stipulation, une obligation est ou n'est pas solidaire.

Il me semble d'abord qu'il faut tenir compte du lieu du payement. Sans doute, la solidarité tient à l'essence de l'obligation et à sa force, de telle sorte que si l'obligation arrive parfaite, quant à la solidarité, dans le lieu du payement, la loi de ce lieu reste sans influence, et doit accepter l'obligation, avec tous les effets que lui attribue la loi qui a présidé à sa formation. Mais cela n'est vrai que lorsque le lieu où le contrat est passé est en même temps le domicile des obligés : alors la circonstance que l'obligation est payable dans un autre lieu, est indifférente, parce qu'il ne peut pas y avoir de doute sur le lieu dans lequel le contrat a reçu sa perfection, et conséquemment sur la loi qui en régit les effets, quant à la solidarité.

Ainsi, la solidarité du tireur étranger, ou domicilié en pays étranger, d'une lettre de change, tirée de l'étranger sur France est gouvernée par la loi étrangère et non par la loi française. En Autriche, par exemple, aux termes de l'ordonnance impé-

riale du 26 avril 1816 (1), le porteur n'a pas d'action solidaire contre le tireur, les endosseurs et l'accepteur; il est tenu de diviser son action. En France, au contraire, on admet le système de la solidarité la plus étendue (2). Dans ce cas, le porteur d'une lettre de change tirée par un Autrichien de nation ou de domicile, d'Autriche sur France, n'aura aucun recours solidaire contre le tireur ou les endosseurs étrangers. Je pense même qu'il n'aura aucun recours solidaire contre les endosseurs français; ceux-ci contractent, il est vrai, sous l'empire d'une législation qui admet la solidarité, mais le preneur de la lettre de change, qui l'a reçue sans action solidaire contre le tireur, l'a transmise à son tour sans action solidaire, puisqu'il n'a pu transmettre plus de droit qu'il n'en avait lui-même, de telle sorte que les endossements passés en France n'ont pu donner aux endosseurs et au porteur français d'autres droits que ceux qui résultaient de l'obligation principale.

Une lettre de change tirée de France sur l'Autriche, par un Français ou un étranger domicilié en France (3), produirait des effets inverses : l'obligation solidaire à son origine ne cesserait pas de l'être en passant sur le territoire autrichien, parce que les endosseurs et le porteur autrichien qui l'auraient reçue avec ce bénéfice, seraient présumés l'avoir acceptée dans ces termes par cela seul qu'ils n'y auraient pas expressément renoncé.

Mais quand les obligés ne sont pas domiciliés dans le lieu où ils contractent, je crois que la loi du lieu du payement devient un élément nécessaire de décision qui peut faire pencher la balance d'un côté ou de l'autre.

En effet, si la solidarité tient au fond du droit et à l'essence de l'obligation, en ce sens qu'elle lui donne plus de force, elle tient aussi à son exécution, puisqu'en définitive elle se résume en un moyen d'exécution plus actif et plus sûr, qui,

(1) M. Nouguier, *Des lettres de change*, t. II, p. 162.

(2) Cod. comm., 140 et 164.

(3) Par domicile, j'entends ici une résidence ou un domicile de fait, et non pas seulement un domicile de droit. Voy. *sup.*, n. 499.

d'ailleurs, ne change ni la nature ni l'objet du contrat. Si donc, en certains cas, il peut arriver, comme nous venons de le voir, que la loi du lieu de l'exécution reste sans influence sur un contrat auquel la loi du lieu où il a été passé, et la loi du domicile attribuent ou refusent des effets solidaires, parce qu'alors il ne peut y avoir de doute sur l'intention des parties, il peut en être autrement quand, la loi du lieu du contrat et celle du domicile n'étant pas les mêmes, il y a doute sur celle à laquelle les parties ont entendu se référer. Posons un exemple.

Deux Français, voyageant pour leur commerce en pays étranger, achètent de compte à demi une partie de marchandises payables en France, à leur domicile. Dans ce cas, à moins de stipulation contraire plus ou moins expresse, leur engagement doit être régi, quant à la solidarité, par la loi française. Il y a lieu de croire, dans ce cas, qu'ils se sont référés à la loi de leur domicile pour la conséquence d'une obligation qui devait y recevoir son exécution.

Si, au contraire, ces deux Français s'étaient engagés à payer dans le lieu même où ils ont contracté, alors la loi de leur domicile deviendrait indifférente, et il faudrait suivre celle qui gouverne à la fois le lieu où le contrat a été passé, et celui où il doit être exécuté.

Il en serait de même s'il s'agissait de lettres de change ou autres effets négociables. — Ainsi, les lettres de change sur France, tirées d'Angleterre par un Français, non-résidant en Angleterre, seraient, quant à la solidarité, soumises à la loi française. Le tireur français serait réputé s'engager envers le preneur, solidairement avec le tiré ; de telle sorte que le preneur, anglais ou français, ne pourrait la transmettre ou l'endosser que sous la même charge et aux mêmes conditions.

Lors donc que le lieu de l'exécution est celui du domicile des parties ou celui de la passation du contrat, on peut poser comme règle générale que c'est la loi du lieu de l'exécution qui détermine les effets solidaires de l'obligation.

Mais lorsque l'obligation doit être exécutée dans un lieu

qui n'est ni celui du domicile des obligés, ni celui du contrat, j'inclinerais pour la loi du lieu du contrat, quand les parties n'ont pas la même nationalité, et pour la loi du domicile, quand il s'agit d'individus de la même nation contractant ensemble en pays étranger.

624. Les règles qui précèdent sont spéciales à la solidarité qui existe par la seule force de la loi; quant à celle qui résulte de la convention et qui a été expressément stipulée, elle est régie, quant à ses effets et à son étendue, par la loi du contrat; et quant à son exercice, par la loi du lieu de l'exécution.

625. On peut en dire autant du cautionnement, qui est gouverné par des principes fort analogues à ceux de la solidarité.

626. Ce que je viens de dire sur la solidarité conduit naturellement à l'examen de la question de savoir quelles règles on doit suivre pour l'exercice ou la conservation des droits qui résultent de cette solidarité. Cette question peut se présenter en matière de lettres de change ou d'obligations négociables par voie d'endossement.

En France, le porteur d'une lettre de change n'est pas tenu, à moins de conventions contraires, ou à moins qu'il ne s'agisse d'une lettre de change payable à vue ou à un certain délai de vue (1), de la présenter à l'acceptation du tiré. Les endosseurs contre lesquels le porteur vient à exercer son recours, ne seraient donc pas recevables à lui opposer le défaut de présentation à l'acceptation pour se prétendre libérés de l'obligation de le garantir. Mais il y a des pays dont la législation diffère de la nôtre, et où le porteur est tenu de présenter la lettre à l'acceptation du tiré, et de la faire protester faute d'acceptation. Telle est la loi du Portugal et celle de l'Espagne (2). Quelle loi, dans ce cas, règle la nécessité de l'acceptation? est-ce la loi du lieu d'où la lettre de change est tirée ou celle du lieu où elle est payable?

D'une part, on peut dire que l'acceptation n'est qu'un mode d'exécution, un préliminaire du payement, *implementum in-*

(1) Cod. comm., 160 ; Loi du 19 mars 1817.
(2) Cod. comm. portugais, art. 396 ; Cod. comm. espagnol, 481.

choatum, et qu'elle est en conséquence déterminée par la loi du lieu où le payement, *implementum absolutum*, doit se faire (1). Mais on peut répondre que l'acceptation tient plus au fond du droit qu'à la forme ou au mode de son exercice, et qu'il faut dès lors suivre la loi du lieu où la lettre de change a été créée. Et cette dernière solution me paraît devoir être suivie. Celui qui crée une lettre de change sous l'empire d'une législation qui exige qu'elle soit présentée à l'acceptation du tiré, la crée avec cette condition qu'il ne s'engage à relever le porteur des suites du non-payement, qu'autant que celui-ci se sera mis en mesure de profiter de la provision qui se trouve entre les mains du tiré, en exigeant de celui-ci une acceptation qui lui en ôte la disponibilité. La lettre de change créée avec cette condition passe, avec la même condition, entre les mains des endosseurs successifs qui se la transmettent, et qui sont dès lors tenus de la présenter à l'acceptation. Si au contraire la lettre était tirée d'un lieu où l'acceptation n'est pas exigée, cette formalité resterait facultative.

627. La même solution est applicable à l'obligation de demander le payement de la lettre de change dans un certain délai, et de faire constater le défaut de payement par un acte spécial. Le tireur de la lettre de change et les endosseurs, lorsque telle est la loi du lieu d'où elle est tirée, sont réputés n'avoir promis leur garantie que sous la condition que le refus de payement serait constaté dans un certain délai. Si donc, dit avec raison M. Pardessus (2), une lettre tirée de France était payable en pays étranger, il faudrait, quoique la loi du lieu dispensât en certains cas du protêt, faire cet acte de protêt, sous peine d'être déclaré déchu de tout recours contre le tireur français qui aurait fait provision (3).

Il n'y aurait exception à cette règle que dans les cas de force majeure, c'est-à-dire si les lois du pays où la lettre de change est payable, et où, par conséquent, le protêt doit être fait, opposaient un obstacle direct ou indirect à l'accomplissement des

(1) M. Nouguier, *Des lettres de change*, t. I, p. 480.
(2) N. 1497.
(3) Cod. comm., 117.

formalités voulues par la loi qui régirait la lettre de change. M. Pardessus (1) cite pour exemple le cas où une lettre de change, payable en numéraire, serait tirée de France sur un pays où il n'y aurait qu'un papier-monnaie déprécié et ayant cours forcé. Dans ce cas, le porteur qui ne voudrait pas accepter ce papier, et qui, d'un autre côté, ne pourrait faire constater le défaut de payement en numéraire, par un officier public auquel la législation locale défendrait tous actes qui auraient pour objet de porter atteinte au crédit du papier national, serait évidemment dispensé de faire constater le défaut de payement par un acte public. Il lui suffirait d'obtenir des certificats de commerçants ou des actes de notoriété qui attesteraient l'état de la législation.

Le porteur qui n'aurait pas fait protester une lettre de change tirée de France sur pays étranger, alors même que la législation de ce pays n'exigerait pas un acte de protêt, serait pareillement déchu de tous recours en garantie contre les endosseurs français ou étrangers qui, en recevant ou en cédant le titre, seraient présumés l'avoir accepté et transmis sous les mêmes conditions.

628. Du reste, la nécessité de l'acceptation ou du protêt, une fois déterminée par la loi sous l'empire de laquelle la lettre de change a été émise, le délai dans lequel doit être requise l'acceptation et fait le protêt, se règle par la loi du lieu du payement (2); non pas précisément, comme semble le croire Pothier (3), parce que le contrat de change est censé formé au lieu où l'effet est payable, mais parce que ces délais tiennent aux formes de l'exécution, et non à l'essence de l'obligation.

C'est en ce sens qu'il a été jugé que l'échéance d'une lettre de change se règle d'après le calendrier en usage dans le pays où la lettre de change doit être payée, et non par la loi du lieu d'où elle a été tirée; qu'ainsi, pour déterminer l'échéance et l'exigibilité d'une lettre de change tirée d'Amsterdam sur Paris,

(1) N. 1497.

(2) Dupuis de la Serra, *Art des lettres de change*, ch. XIV; Boullenois, t. II, p. 531; M. Pardessus, n. 1495.

(3) *Du contrat de change*, n. 155.

en 1800, à plusieurs mois de date, on avait dû consulter le calendrier républicain en usage à Paris, et non le calendrier grégorien en usage à Amsterdam (1).

Mais il est un cas particulier où le délai dans lequel doivent être demandés le payement et l'acceptation, en pays étranger, est déterminé par l'art. 160 de notre Code de commerce et la loi additionnelle du 19 mars 1817. C'est celui où une lettre de change, tirée de France ou des possessions et établissements français sur un pays étranger, est payable à vue, à un ou plusieurs jours, mois ou usances de vue. Ce délai est alors diversement déterminé, suivant la distance entre le lieu d'où la lettre de change est tirée et celui où elle est payable. Ces mêmes délais sont aussi applicables aux lettres de change tirées de l'étranger sur France, lorsqu'elles sont à vue ou payables dans un certain délai de vue.

Au surplus, dans les cas ordinaires, la durée de l'usance se règle, comme tout autre délai, par la loi du lieu où doit être payée la lettre de change tirée à une ou plusieurs usances de date (2).

Les délais de grâce, accordés par certaines législations, refusés par d'autres (3), sont également régis par la loi du lieu où la lettre de change est payable.

628 *bis*. C'est par les considérations qui précèdent que doit être résolue une question, heureusement transitoire, mais qui a été fort discutée dans ces derniers temps. C'est celle de savoir si les lois qui dans des circonstances extraordinaires, par exemple en cas de guerre, prorogent pendant un certain temps les délais dans lesquels doivent être faits les protêts et autres actes conservant les recours contre les divers obligés au paiement des valeurs négociables, peuvent être opposés aux endosseurs étrangers, ou si elles n'ont d'effet que dans le pays où elles ont été rendues. Comme nous l'avons vu tout à l'heure, le délai dans lequel doit être fait le protêt se règle par

(1) Cass., 18 brumaire an XI; t. I, 1, 716, D., 6, 626.

(2) Savary, *Parfait Négociant*, t. 1, p. 150; Jousse, sur l'art. 5, tit. v, de l'ordonn. de 1673; M. Merlin, *Quest.*, v° *Protêt*, t. V, p. 196.

(3) Cod. comm., 135, 157.

la loi du lieu du paiement, parce que ce délai tient aux formes de l'exécution et non à l'essence de l'obligation : et il n'y a pas lieu de distinguer entre les formes établies au moment de la création de l'effet négociable ou de l'endossement, et celles qui seraient établies plus tard, parce que les lois qui règlent les formes de l'exécution des actes s'appliquent même aux conventions antérieures qu'elles saisissent au moment même de leur promulgation. Il est bien vrai que les lois qui prorogent les délais du protêt, prorogent par cela même l'époque de l'exigibilité ou du paiement de l'effet, et que sous ce rapport on pourrait dire qu'elles touchent au fond même de la convention. Mais on peut en dire autant de toutes les lois d'exécution qui par cela même qu'elles prescrivent des formalités et des délais plus ou moins longs pour l'accomplissement de ces formalités, touchent toujours plus ou moins le fond, sans y toucher directement : elles n'y touchent qu'indirectement et par une conséquence nécessaire des formalités et des délais que la loi juge indispensables et qu'il lui appartient d'établir dans l'intérêt respectif de toutes les parties. Comment d'ailleurs les endosseurs étrangers d'un effet négociable payable en France pourraient-ils prétendre que le porteur est déchu vis-à-vis d'eux faute d'avoir protesté et exercé son recours dans les délais ordinaires du Code, alors qu'il ne lui a pas été possible de protester, et que n'ayant pas encore pu exiger le paiement de son débiteur Français et par conséquent constater le refus de paiement, le recours contre les endosseurs étrangers eût été sans cause et prématuré ?

C'est en ce sens que s'est prononcée la Cour de cassation de Turin par deux arrêts du 6 mars 1872 rendus par application de la loi française du 13 août 1870 et des décrets postérieurs qui ont successivement prorogé les délais des protêts et autres actes conservatoires. Ces arrêts jugent que le défaut de protêt le lendemain de l'échéance de lettres de change tirées sur France, et auxquelles étaient applicables les lois ou décrets de prorogation, ne peut être opposé au porteur par les endosseurs Italiens comme ayant produit à leur égard la déchéance des recours, en cas de non-paiement du tiré à l'expiration

des délais de prorogation qui lui avaient été accordés par ces lois ou décrets. Le contraire a été jugé, il est vrai, par la Cour supérieure de Leipzig, le 21 février 1871, mais par des motifs qui me semblent reposer sur une confusion entre ce qui tient à l'exécution et ce qui tient au fond même de l'obligation (1).

Si les endosseurs étrangers sont régis par les lois transitoires des pays où la lettre de change est payable, en ce sens que ces lois empêchent la déchéance qui aurait été acquise à leur profit aux termes de la législation préexistante, à plus forte raison peuvent-ils s'en prévaloir pour y puiser une fin de non recevoir contre les poursuites qui seraient dirigées contre eux avant que les formalités d'exécution destinées à constater le refus de paiement aient pu être accomplies.

629. La forme du protêt, des actes qui peuvent le remplacer, et la compétence des officiers publics appelés à faire ces actes sont également régis par la loi du lieu où la lettre de change est payable.

630. Mais lorsque le recours en garantie du porteur contre le tireur et les endosseurs a été conservé par un protêt fait dans les délais et dans la forme voulue, c'est une question qui n'est pas sans difficulté, que celle de savoir quelle loi doit régler les délais pour l'exercice des recours ou de l'action en garantie dont sont passibles les endosseurs et le tireur.

Aux termes de l'art. 13 de l'ordonnance de 1673, au titre des lettres de change, ceux qui avaient tiré ou endossé des lettres de change, devaient être poursuivis en garantie dans la quinzaine du protêt, avec augmentation du délai, à raison de la distance, s'ils étaient domiciliés dans le royaume. «Hors icelui, ajoutait l'article, les délais seront de deux mois pour les personnes domiciliées en Angleterre, Flandre ou Hollande; de trois mois pour l'Italie, l'Allemagne et les Cantons suisses; de quatre mois pour l'Espagne; de six pour le Portugal, la Suède et le Danemark.» Cet article n'expliquait pas s'il entendait parler ou des lettres de change tirées de l'étranger sur

(1) Voy. les divers documents précités dans le recueil de Dalloz, 1872, 2e part., page 1.

France, ou des lettres de change tirées de France sur l'étranger, ou des unes et des autres. Cependant, la généralité de ses termes porte à croire qu'ils étaient applicables aux unes et aux autres, et que soit qu'il s'agît d'une lettre tirée de France, soit qu'il s'agît d'une lettre tirée sur France, les recours auxquels elle donnait lieu devaient être exercés dans les délais prescrits par cet article 63, dans le cas du moins où ces recours étaient de nature à donner lieu à une contestation portée devant les juges français, puisque la loi qui les réglait n'était pas obligatoire pour les juges étrangers qui auraient été soumis à une loi contraire. Aussi, verrons-nous bientôt que, même sous l'empire de cet article, la question du recours en pays étranger n'était pas considéré comme entièrement résolue. Il est même à remarquer que le règlement de la ville de Lyon qui avait le privilége d'être régie par ses usages particuliers, tout en établissant des délais analogues, en restreignait l'application aux lettres de change tirées de l'étranger. D'après l'art. 9 de ce règlement, le délai était de trois mois pour les lettres payables à Lyon et tirées d'Italie, Suisse, Allemagne, Hollande, Flandre et Angleterre; et de six mois pour celles d'Espagne, Portugal, Pologne, Suède et Danemark.

Au surplus, Dupuis de la Serra, dans son *Traité de l'Art des lettres de change*, fait remarquer que les dispositions de l'ordonnance de 1673 étaient fort sujettes à n'être pas exécutées en tant que relatives aux lettres tirées de l'étranger et prescrivant des poursuites à faire hors du royaume, puisque les juges étrangers qui en étaient seuls saisis, n'étaient pas obligés de juger leurs justiciables selon nos lois; et il ajoute qu'il aurait été plus à propos de ne s'occuper que des lettres de change tirées de France et payables à l'étranger, parce que la garantie pour non-payement, s'exerçant devant les juges du royaume, devait être jugée selon la loi faite pour le royaume.

C'est ce qu'a fait le Code de commerce, qui a abrogé l'ordonnance de 1673 et les règlements ou usages particuliers. Au lieu de disposer pour les lettres de change tirées de l'étranger sur France, il ne s'occupe que des lettres de change

tirées de France sur l'étranger; et son article 166, modifié par la loi du 3 mai 1862, fixe le délai dans lequel doivent être poursuivis les tireurs et endosseurs de ces lettres, résidant en France, pour celles qui étaient payables dans les divers pays qu'il énumère.

Notre droit actuel se bornant donc au possible, ou du moins au plus facile, ne s'occupe donc que des recours auxquels peuvent être soumis les tireurs ou endosseurs résidants en France, de la part des porteurs de lettres de change payables en pays étrangers; quant aux recours qui peuvent être dirigés contre les tireurs ou endosseurs étrangers des lettres de change payables en France, et même quant aux recours contre les endosseurs étrangers de lettres tirées de France et payables en pays étrangers, questions que l'ordonnance de 1673 et le règlement spécial à la ville de Lyon avaient autrefois essayé de résoudre, le Code de commerce a gardé un silence absolu. Les législations étrangères ne sont pas d'ailleurs plus explicites : calquées presque toutes sur la législation française, elles en reproduisent les dispositions avec plus ou moins de fidélité, soit dans le fond, soit dans les détails, et ne s'occupent que du délai du recours des porteurs étrangers contre les tireurs ou endosseurs résidants dans le pays qu'elles régissent (1). En Angleterre, l'usage, à dé-

(1) « Les porteurs de traites protestées pour défaut de payement doivent exercer leur recours contre le tireur et les endosseurs dans les deux mois à compter de la date du protêt, si la traite devait être payée sur le territoire espagnol; et si elle devait l'être à l'étranger, ce délai comptera du jour où, sans perte de courrier, le protêt a pu arriver au domicile du tireur ou de l'endosseur contre lequel le recours a été exercé. » (Cod. comm. d'Espagne, art. 577.) — « L'action contre les endosseurs et le tireur d'une lettre de change protestée faute de payement, est prescrite par les délais suivants: Pour les lettres de change tirées du royaume et payables dans les Échelles du Levant et des côtes septentrionales de l'Afrique, le délai est de quinze mois; dans les places sur les côtes occidentales de l'Afrique, jusques et y compris le cap de Bonne-Espérance; sur le continent de l'Amérique septentrionale et méridionale (à l'exception de la partie dénommée ci-après), et des îles des Indes occidentales, le délai est de dix-huit mois; dans les places sur les côtes de l'Amérique méridionale et septentrionale, situées sur la mer Pacifique au delà du cap Horn, et sur les îles de cette mer, ainsi que sur le continent de l'Asie et des îles des Indes orientales, le délai est de deux ans; sur tout autre lieu le délai est d'un an. » (Cod. comm. de

faut de lois, s'est renfermé dans les mêmes limites (1).

Allons plus loin que la loi, et cherchons à suppléer à son silence.

Sous l'ancien droit, Savary, qui écrivait en présence des dispositions de l'ordonnance de 1673, restreignait l'effet de cette ordonnance au cas où elle était le moins facilement applicable, c'est-à-dire au délai du recours contre les tireurs et endosseurs étrangers d'une lettre de change tirée sur France; quant aux lettres de change tirées de France sur les pays étrangers, il voulait que le recours s'exerçât suivant la loi étrangère. A l'égard des lettres de change tirées de pays étrangers sur France, disait-il (2), les délais pour recourir, tant contre le tireur que contre l'endosseur, demeurant en la nation d'où la lettre a été tirée, doivent se prendre de la loi des lieux où la lettre de change est payable; et quand les lettres ont été tirées de France sur les pays étrangers, les délais pour la garantie doivent être ceux qui sont suivis dans les lieux d'où les lettres ont été tirées; de telle sorte que, dans ce système, si des lettres de change étaient tirées d'Amsterdam sur Paris, le recours en garantie sur Amsterdam devait être réglé par la loi française; et que si au contraire les lettres étaient tirées de Paris sur Amsterdam, le recours sur Paris était réglé par la loi hollandaise.

Savary supposait, comme on le voit, que le recours en ga-

Hollande, art. 207.) — « Les lettres de change tirées du royaume et payables ailleurs étant protestées, les tireurs et endosseurs résidants dans le royaume seront cités en justice dans les délais suivants: De deux mois pour celles qui étaient payables dans le continent et dans les îles d'Italie; de quatre mois pour cleles qui étaient payables dans les autres États d'Europe; de six mois pour celles qui étaient payables dans les Échelles du Levant et sur les côtes septentrionales de l'Afrique; d'un an pour celles qui étaient payables sur les côtes occidentales de l'Afrique jusqu'au cap de Bonne-Espérance inclusivement, et dans les Indes occidentales; de deux ans pour celles qui étaient payables dans les Indes orientales. » (C. comm. des Deux-Siciles, art. 165.)

(1) Voy., sur la législation anglaise en cette matière, la *Revue étrangère* de M. Fœlix, t. II, p. 307, 435, 495, 596. Il semblerait résulter de l'ouvrage de Westoby, qu'il n'y a aucun délai particulier établi en Angleterre. Voyez p. 197 et suiv.

(2) Parères, p. 734. Cité par Boullenois, t. I, p. 370. — Je n'ai pu trouver dans Savary le passage cité par Boullenois.

rantie est une conséquence et une suite de l'exécution, soumise, quant au délai, à la loi du lieu de l'exécution; tandis qu'au contraire, ce recours est une conséquence directe et immédiate de l'obligation principale, qui doit être régie par la loi du contrat. Du reste, l'opinion de Savary a été condamnée par le Code de commerce, qui, conforme à ces principes, subordonne à la loi française le recours en garantie contre le tireur et les endosseurs français d'une lettre tirée de France sur l'étranger; d'où il faut conclure que le recours en garantie, contre les tireurs et endosseurs étrangers d'une lettre tirée de l'étranger sur France, est régi par la loi étrangère sous l'empire de laquelle la lettre a été tirée, et non par la loi du lieu où elle est payable.

Cela me paraît sans difficulté pour les endosseurs soumis à la loi du lieu d'où la lettre de change est tirée. Mais que décider, relativement à ceux qui sont soumis à une législation intermédiaire, c'est-à-dire qui ont contracté dans un pays autre que celui d'où la lettre de change est tirée, et que celui où elle est payable?

Supposons une lettre de change tirée par un Anglais sur France, et au profit d'un Anglais. L'Anglais, porteur de la lettre de change, l'endosse à un Espagnol, l'Espagnol l'endosse au profit d'un Portugais, qui à son tour la repasse à un Français, de sorte que cette lettre de change, avant d'arriver à sa destination, a voyagé dans une partie des États de l'Europe. Le Français, qui en est porteur à l'échéance et qui n'est pas payé, a un recours collectif et individuel contre le tireur et les endosseurs. S'il veut recourir individuellement contre le tireur et le preneur anglais, il devra agir contre eux dans les délais déterminés par la loi anglaise, conformément à ce qui vient d'être dit. Mais si, au lieu de recourir contre le tireur et l'endosseur anglais, il veut s'adresser d'abord à son cédant immédiat, au Portugais, de qui il tient la lettre, dans quel délai devra-t-il exercer son action?

Boullenois se pose la question et la résout ainsi : « Je dis, (ce sont ses termes), qu'après le protêt fait suivant les formalités des lois de France, le recours en garantie contre un Por-

tugais, dernier endosseur, doit être pris de la loi qui s'observe en France, parce que, le porteur de la lettre s'étant transporté en France, pour y recevoir la lettre de change, ce n'est que de France qu'il peut apprendre le délai que lui donne la loi pour exercer le recours en garantie. Mais ce recours, formé contre le Portugais, donne lieu au Portugais d'exercer son recours contre son endosseur espagnol : d'où ce Portugais prendra-t-il les délais dans lesquels il doit former ce recours? Sera-ce dans celui prescrit par la loi du Portugal, ou par celui prescrit par la loi d'Espagne? Et je réponds que, comme le Portugais ne peut s'instruire du délai qui lui est accordé que par la loi de Portugal, loi de sa nation, c'est dans le délai prescrit par cette loi qu'il faut assigner l'Espagnol; et si l'Espagnol tient son droit, par exemple, d'un Allemand, ce sera dans le délai prescrit par la loi d'Espagne qu'il exercera son recours, et non par la loi d'Allemagne; et ainsi à l'exception du recours en garantie que le porteur doit exercer, et qu'il prend de la loi où elle est payable, je dis que chaque endosseur doit assigner en recours suivant la loi de lui, garanti, et non suivant la loi du garant (1). »

Mais Boullenois tombe ici dans la même erreur que Savary, en déterminant le délai du recours, contre le tireur et les endosseurs, d'abord par la loi du lieu où la lettre de change est payable, et en prenant ensuite son point de départ, pour remonter d'endosseur à endosseur, dans la loi du garanti, et non dans celle du garant. La marche contraire se trouve indiquée, sinon prescrite, par l'article 166 du Code de commerce, qui, réglant par la loi du lieu d'où la lettre de change est tirée, c'est-à-dire du lieu où l'obligation a été contractée, le délai du recours contre le tireur et les endosseurs domiciliés dans ce lieu, fait suffisamment comprendre que le délai du recours contre les endosseurs soumis à une législation intermédiaire, doit être réglé par la loi du lieu où ces endosseurs, en cédant la lettre de change, se sont obligés à la garantir. On ne s'expliquerait pas pourquoi, quand les endosseurs domiciliés ou résidants dans le lieu d'où

(1) T. I, p. 372.

la lettre de change est tirée, sont soumis à la loi du contrat, il en serait autrement des endosseurs domiciliés ou résidants dans d'autres pays qui se trouveraient soumis à la loi du lieu où l'obligation est payable. Chacun des cessionnaires-successifs de la lettre de change, garant solidaire de son payement, est présumé s'en être rapporté, pour tout ce qui concerne, relativement à lui, l'exercice de l'action en garantie, à la loi du lieu dans lequel il a contracté la cession dont il est tenu de garantir les effets; et il n'y a dès lors aucune raison pour faire régir le garant par la loi du garanti, qui lui est étrangère, tandis que la loi du lieu où l'endossement a été fait ne saurait être étrangère au garanti, qui puise son droit dans cet endossement.

Les mêmes motifs repoussent un autre système, qui consisterait à faire régir tous les signataires par un délai uniforme, par le délai admis dans le lieu d'où la lettre est tirée, sous prétexte que le recours, de même que le délai dans lequel il doit être exercé, tiennent au fond du droit et sont dès lors déterminés d'une manière immuable par la loi du lieu où a été contractée l'obligation primitive. Sans doute, celui au profit de qui une lettre de change a été tirée dans un pays, et ceux à qui elle a été successivement transmise, n'ont pu avoir ni transmettre d'autres droits, plus ou moins étendus, que ceux qui sont accordés par les lois du pays d'où la lettre de change a été tirée; mais cela n'est vrai que pour le fond même de l'engagement, ou pour les formalités nécessaires à la conservation du droit en lui-même. Quant aux conditions du recours qui peut être exercé contre chaque co-obligé solidaire, elles sont régies par la législation qui est propre à chacun d'eux parce que chaque cession ou endossement est un contrat particulier et indépendant, qui se réfère à la fois à la loi qui régit la lettre de change pour les effets généraux de l'endossement, et à la loi qui régit l'endossement pour ses effets particuliers (1).

Concluons donc de là que le délai du recours individuel

(1) M. Pardessus, n. 1490; M. Nouguier, t. I, p. 480.

contre le tireur et les endosseurs, est déterminé par la loi sous l'empire de laquelle ils se sont obligés, soit en émettant la lettre de change, soit en l'endossant.

631. Mais quel sera le délai du recours collectif que le porteur voudra exercer à la fois contre les uns et contre les autres lorsque les uns et les autres peuvent se prévaloir de différents délais? Je crois qu'on peut appliquer ici l'article 167 du Code de commerce, qui dispose que si le porteur exerce son recours collectivement, contre les endosseurs et le tireur, il jouit, à l'égard de chacun d'eux, du délai déterminé par les articles 165 et 166, c'est-à-dire que, en les assignant tous dans le délai particulier à chacun d'eux, il doit mesurer l'échéance de l'assignation sur le plus long de tous ces délais.

631 *bis*. Il faut d'ailleurs remarquer que tout ce qui précède ne s'applique qu'au cas où il s'agit d'une lettre de change tirée de France sur pays étranger, ou d'un pays étranger sur France. Quant à la lettre de change tirée de France sur France, l'article 165 du Code de commerce qui oblige le porteur à exercer dans la quinzaine du protêt, à peine de déchéance, son recours contre les endosseurs qui le précèdent, est applicable même au porteur ou endosseur résidant en pays étranger. La disposition de l'article 165 est générale en ce qui touche les lettres de change tirées de France sur France (1).

642. Nous verrons plus tard (2) quel est le tribunal compétent pour connaître de ces recours individuels ou collectifs.

633. Ce qui vient d'être dit sur les recours auxquels donnent lieu les effets négociables, et les poursuites qui ont pour but d'en assurer l'exécution, conduit à examiner une question qui se rattache à cette exécution, et qui peut d'ailleurs se présenter à l'occasion d'obligations ordinaires.

C'est la question de savoir si, dans le cas où des obligations, lettres de change ou autres, souscrites dans un pays qui admet la contrainte par corps, sont payables dans un pays qui ne l'ad-

(1) Chambéry, 25 nov. 1864. S., 65, 2, 96.

(2) *Inf.*, sect. III,

met pas, cette voie d'exécution peut être employée contre le débiteur. Christinæus (1) se prononce pour la négative : « *Si in loco celebrati contractûs sit statutum, quod debitor possit capi, vel incarcerari..., et in loco destinatæ solutionis non sit tale statutum, sed servetur jus commune, inspicitur jus ibi servatum.* » Peckius (2) adopte la même opinion : « *Quippè quod in his quæ concernunt judiciariam executionem, inspicitur locus contractûs.* » Et Boullenois (3) se réunit à ces deux docteurs, en disant avec eux que le droit d'emprisonner le débiteur est une manière d'arriver à l'exécution de l'obligation, et que, par conséquent, il dépend du lieu où doit se faire l'exécution. Telle est, en effet, l'opinion qui doit être suivie : et on peut appliquer ici, à l'appui de cette solution, les principes que nous avons déjà développés en parlant de la solidarité. On peut ajouter aussi que les lois qui défendent la contrainte par corps sont des lois d'ordre public; d'où il suit qu'il n'est pas plus permis de faire usage de cette voie d'exécution, dans un lieu qui ne l'autorise pas, qu'il n'est permis d'y mettre à exécution toute autre convention que la loi locale déclarerait illicite.

634. Il suit de là que dans les pays où la contrainte par corps n'est pas admise, ainsi que dans ceux où elle n'est admise que dans certains cas, la convention étrangère par laquelle la contrainte par corps aurait été stipulée, ne peut généralement recevoir aucune exécution. Telle est, sur ce point, la disposition de l'art. 2063 du Code civil qui, reproduisant l'ancienne disposition de l'art. 6, tit. XXIV de l'ordonnance de 1667, fait défense à tous juges de prononcer la contrainte par corps, à tous notaires et greffiers de recevoir des actes dans lesquels elle serait stipulée, et à tous Français de consentir de pareils actes, hors des cas expressément déterminés par la loi, encore qu'ils eussent été passés en pays étranger.

Cependant, on peut se demander si, du temps où la contrainte par corps était admise en France, un Français, qui aurait passé une obligation en pays étranger, où la contrainte par

(1) Décis. 283, vol. I.

(2) *De jure sistendi*, cap. VIII, n. 1.

(3) T. I, p. 525; *sic* Titmann, cité par M. Fœlix, p. 138.

corps n'avait pas lieu de plein droit, mais où il était permis de s'obliger par corps, et qui s'était soumis à la contrainte par corps, dans un des cas prohibés par la loi française, aurait pu, afin de se mettre à couvert de cette contrainte, exciper de la loi française, soit en pays étranger, vis-à-vis des étrangers et des Français, soit en France, vis-à-vis des étrangers.

Sur le dernier point, c'est-à-dire sur le point de savoir si la convention par laquelle un Français s'était soumis à la contrainte par corps, vis-à-vis d'un étranger, en pays étranger, hors les cas où cette contrainte était autorisée par la loi française, pouvait être exécutée en France, la négative ne me paraît pas douteuse. La loi qui défendait en France de se soumettre à la contrainte par corps était une loi d'ordre public, et on ne pouvait pas plus exécuter en France une convention de cette nature, contractée en pays étranger, qu'on ne pourrait y exécuter toute autre convention illicite ou contraire à l'ordre public. La circonstance que l'obligation aurait été prise vis-à-vis d'un étranger est ici complétement indifférente, parce qu'elle n'en change pas la nature, et que l'étranger, en contractant avec un Français, savait ou devait savoir que l'exécution de l'obligation ne pouvait avoir lieu en France que conformément aux lois françaises. Boullenois penche néanmoins pour l'avis contraire (1). Il lui semble qu'en France le Français qui s'est obligé par corps avec un étranger, dans un lieu où cette convention est autorisée, devrait être condamné par corps vis-à-vis de cet étranger, parce qu'il convient mieux de déférer à la convention, en l'exécutant de bonne foi, que d'y donner atteinte, en déférant à une loi que l'étranger a pu raisonnablement ignorer, et que le Français a violée par dol et par surprise. Mais ce n'est pas ici une question de convenance ; c'est une question de légalité et d'ordre public ; et il ne saurait être plus régulièrement permis à un Français, qui ne peut disposer de sa liberté sans la permission de la loi, de la donner en gage à un étranger, qu'il ne lui est permis de la donner à un Français. On comprend qu'un contrat qui ne serait pas en France d'une nullité absolue, mais simplement relative, puisse être exé-

(1) T. I, p. 165.

cuté en France après avoir été formé en pays étranger, et que le Français qui s'est obligé puisse être non recevable à opposer une nullité à laquelle il serait présumé avoir renoncé par cela seul qu'il contractait dans un lieu où elle n'était pas admise, et avec un étranger qui n'était pas tenu de la connaître. Telle est la décision de Menochius (1), qui, après avoir posé le principe de la nullité des actes contraires à la loi des parties, ajoute : « *Declaratur hic casus ut locum non habeat quando civis contraxit extrà civitatis suæ territorium cum extero qui ignorabat statutum ipsius civis secum contrahentis; nam tunc contractus iste redditur nullus statuto prædicto, cùm non præsumatur mentis statuentium fuisse, velle decipere illum exterum.* » Mais cela ne s'applique évidemment qu'aux stipulations qui ne touchent qu'à l'intérêt privé des contractants, et non à celles qui offensent l'ordre public. Boullenois s'autorise de l'opinion de Coquille, suivant lequel, « en France, tout dol est *coercé* extraordinairement et par prison (2) » : c'est-à-dire que celui qui, en se soumettant à une contrainte par corps inexécutable, aura trompé l'étranger avec lequel il a contracté et lui aura ainsi causé préjudice, pourra être condamné en des dommages-intérêts, pour réparation de ce préjudice; et que si ces dommages excèdent 300 fr., la condamnation aurait pu être prononcée par corps, conformément à l'art. 126 du Code de procédure civile; mais, dans ce cas, la contrainte par corps, qui aurait été exercée, ne serait pas celle à laquelle s'était indûment soumis le Français; ce serait celle que la loi prononçait contre lui pour le punir de la fraude qu'il avait commise. D'ailleurs, l'art. 2063 du Code civil ne distingue pas, et comprend dans la généralité de ses termes, non-seulement les actes passés à l'étranger entre Français, mais aussi les actes passés entre Français et étrangers. Aussi Boullenois, après avoir exprimé l'avis que nous venons de combattre, ajoute-t-il qu'il ne saurait assurer que cet avis fût suivi, parce que l'ordonnance de 1669 (dont l'art. 2063 du

(1) Lib. II, præsumpt. II, n. 11.
(2) *Institut. au droit français.*, tit. *Des exécutions.*

Code civil reproduit la disposition) semblait entendre parler aussi bien des sujets français contractants en pays étranger avec des étrangers, que des sujets français contractants entre eux.

Le Français qui se sera soumis, en pays étranger, à la contrainte par corps, dans un cas où la loi française lui défendait de s'y soumettre, pourrait également, en pays étranger et vis-à-vis d'un Français, se prévaloir de cette loi prohibitive pour s'affranchir de la contrainte par corps. La défense de s'obliger par corps est un statut personnel qui affecte la personne et la suit partout. « *Potestas statuendi inter subditos territorio non arctatur ; et lex principis suos subditos ligat ubicumque sint, et quocumque eant* (1). »

A plus forte raison en serait-il de même si la législation commune aux deux contractants leur interdisait spécialement de s'obliger par corps, l'un envers l'autre hors de leur pays. Telle était la loi de Charles IV, faite pour le Brabant, qui défendait à tout Brabançon de faire arrêter un Brabançon hors du Brabant : « *Unum Brabantum non posse alterum Brabantum extra Brabantiam arrestare ;* » et sous l'empire de laquelle on décidait que cette défense devait être observée dans les pays étrangers, par ceux auxquels elle était adressée (2).

Mais il en serait autrement de l'obligation contractée par un Français envers un étranger : la contrainte par corps, à laquelle le Français se serait soumis en pays étranger, pourrait y être exécutée, et le juge étranger, devant lequel le Français plaiderait, ne devrait pas l'admettre à exciper de la loi personnelle qui lui défendait de s'obliger par corps. Sans doute, comme on vient de le voir, la prohibition de s'obliger par corps est un statut personnel ; mais, comme le fait très-bien remarquer Boullenois (3), cette prohibition est de telle sorte qu'elle ne peut concerner que les Français entre eux, et nullement un Français qui contracte avec un étranger,

(1) Boullenois (t. I, p. 161 et 175) cite à tort Peckius, *De jure sistendi*, cap. VIII. — On peut consulter le traité de Peckius, qui se trouve dans le recueil de Straccha, p. 726.

(2) Knobbaert, *Ad jus civile Gandensium*, rub. 4, art. 15, obs. 1.

(3) T. I, p. 163.

hors de France. En effet, elle ne s'applique pas à l'état universel de la personne, comme la majorité ou la minorité, que l'étranger peut être présumé connaître ; elle repose au contraire sur une loi particulière et exceptionnelle dont l'étranger n'est pas toujours à portée de s'instruire, et dont il n'est même pas tenu de s'instruire. Si donc le Français s'oblige par corps en pays étranger, l'étranger envers lequel il s'oblige est fondé à croire qu'il en a la capacité : ce qui suffit pour qu'on doive exécuter dans toute son étendue une obligation qui, dans le lieu où elle a été contractée, et où elle doit recevoir son exécution, n'est pas contraire à l'ordre public.

De ce que la contrainte par corps, comme voie d'exécution, est subordonnée, quant à son exercice, à la loi du lieu de l'exécution, de telle sorte qu'on ne peut soumettre à la contrainte par corps, dans un lieu où elle n'est pas reçue, celui qui s'est obligé dans un autre lieu où cette contrainte était admise, il en résulte que, lorsque l'exécution se fait sous une législation qui prononce la contrainte par corps, le débiteur est soumis à cette voie d'exécution, encore bien qu'il eût contracté dans un lieu où cette contrainte n'était pas admise, alors du moins que le lieu de l'exécution est déterminé et stipulé par l'obligation. On doit, dans ce cas, présumer que les parties, en déterminant un lieu pour l'exécution de l'obligation, se sont intentionnellement placées sous la loi de ce lieu, pour tout ce qui concerne l'exécution du contrat.

Mais il en est autrement, si l'exécution n'a lieu qu'accidentellement dans un pays de contrainte par corps : on présume alors que les parties, qui ne prévoyaient pas que l'exécution aurait lieu sous l'empire d'une autre législation que celle qui les régissait au moment du contrat, s'en sont, pour son exécution, rapportées à cette dernière législation.

Toutefois, cette restriction n'a pas lieu dans le cas où des circonstances particulières font présumer une intention contraire et une soumission conventionnelle à une autre législation. Ainsi un Français qui, en pays étranger où la contrainte par corps n'est pas admise pour simple obligation commerciale, avait contracté une obligation de cette nature vis-à-vis d'un

Français, sans indiquer le lieu de l'exécution, était cependant contraignable par corps si l'exécution s'était faite en France, parce qu'il était à présumer qu'en contractant, les deux Français s'étaient intentionnellement placés sous l'empire de leur législation personnelle et nationale.

635. Ce serait peut-être ici le moment d'examiner si un acte qui emporte exécution parée dans le lieu de sa confection, a la même force dans le lieu de son exécution ; mais comme cette question se rattache à la question générale de l'autorité des jugements étrangers et des actes qui, comme les jugements, emportent exécution parée, l'examen de ces difficultés viendra plus à propos quand nous nous occuperons des jugements et de l'exécution forcée.

636. Nous renvoyons aussi au même lieu l'examen des questions relatives à certaines formalités d'exécution, telles que la mise en grosse, le timbre et l'enregistrement.

637. Je placerai ici l'examen de quelques questions qui n'ont pu trouver place plus tôt et qu'une certaine analogie permet de rapprocher : elles sont relatives, les unes à la garantie de l'éviction ou des défauts de la chose vendue, les autres à la rescision des contrats.

Il s'agit de savoir d'abord si, en matière de vente, l'action en garantie ouverte au vendeur, en cas d'éviction, est régie par la loi du lieu où le contrat a été formé, par la loi du lieu de la situation de la chose vendue, par la loi du lieu du payement, ou enfin par la loi sous l'empire de laquelle naît la cause qui donne lieu à l'éviction.

Une première remarque à faire, c'est que la garantie due par le vendeur à l'acquéreur en cas d'éviction, ouvre à celui-ci une simple action personnelle en restitution du prix et en dommages-intérêts (1). La garantie oblige la personne, mais non la chose vendue, qui reste en dehors de la contestation dont elle est la cause. Il suit de là que la loi du lieu de la situation de la chose vendue est sans influence sur l'action en garantie, et ne peut en aucun cas la régir, à moins de stipulation contraire. On ne peut ici invoquer le statut réel. Il en est ainsi, à plus forte

(1) Cod. civ., art. 1630.

raison, lorsqu'il s'agit de meubles ou de marchandises qui n'ont pas de situation fixe et déterminée.

Il faut écarter aussi la loi du lieu où le prix de la vente doit être payé, parce qu'il ne s'agit pas du mode de payement, et que l'action en garantie se rapporte à l'obligation du vendeur de livrer la chose vendue, et non à l'obligation de l'acheteur d'en payer le prix.

Il ne peut donc y avoir de difficulté qu'entre le lieu où le contrat a été formé, et celui du domicile du vendeur soumis à l'action en garantie.

La question peut se présenter relativement aux cas dans lesquels l'action en garantie peut être exercée, aux effets de la garantie et à la durée de l'action. Quant à la durée de l'action, c'est une prescription qui est gouvernée par les principes dont nous avons déjà vu le développement (1); restent les cas dans lesquels l'action peut être intentée, et ses effets.

Or, il me paraît que ces questions, tenant au lien du contrat, qui est d'autant plus étroit que les cas d'exercice de l'action en garantie sont plus nombreux, et que les effets de cette action sont plus étendus, ne peuvent être résolues que par la loi sous l'empire de laquelle les parties ont contracté, et dont les dispositions deviennent en quelque sorte des clauses de la convention, à moins que le contraire ne résulte d'une stipulation plus ou moins expresse ou de quelque circonstance particulière. Sauf ce cas, l'action en garantie, bien que personnelle, ne peut être régie, quant à sa cause et à ses effets, par la loi du domicile du vendeur. C'est là, il est vrai, que le vendeur doit être actionné. Mais de là il suit seulement que c'est la loi de ce domicile qui régira la forme de l'action; quant au fond même de l'action, il reste sous l'empire de la loi dans laquelle l'action puise son origine et ses conséquences.

C'est au surplus ce qui résulte de la loi 6, ff. *De evictionibus* qui, en s'expliquant sur un cas particulier dont nous allons nous occuper tout à l'heure, suppose que l'action en garan-

(1) Voy. *sup.*, n. 558 et suiv.

tie est toujours subordonnée à la loi sous l'empire de laquelle les parties ont contracté.

Et telle est l'opinion d'un auteur moderne, de M. Rocco, qui invoque aussi la loi 6 *De evictionibus* comme devant régler la prestation de garantie, *modo come dar guarentigia per i casi di evizione.* « L'éviction, dit-il, est une des conséquences naturelles de l'obligation, *consequenter ex naturâ obligationis procedit.* Lors donc que les contractants n'ont pas renoncé à la loi du lieu du contrat, on doit présumer que leur volonté a été de s'y soumettre, et de faire de sa disposition une des clauses de leur contrat. C'est pourquoi la loi romaine prescrit, en cas d'éviction, de suivre la loi ou la coutume du lieu du contrat, sans s'occuper de la loi de la situation de la chose soumise à l'éviction, et encore moins de celle du lieu où doit se faire le payement (1). »

638. La question sur laquelle se prononce directement la loi précitée, et qui est peut-être de nature à se présenter encore sous quelques législations, est celle de savoir si dans le cas où une vente est faite dans un lieu où tout vendeur est obligé de donner caution pour la garantie, le vendeur est obligé à cette charge, encore qu'il ne soit pas domicilié en ce lieu et que la chose vendue soit située ailleurs.

La loi 6. ff. *De evictionibus*, se plaçant dans cette hypothèse, résout la question en faveur de la loi du lieu du contrat. « *Si fundus venierit, ex consuetudine ejus regionis in quâ negotium gestum est pro evictione cavere oportet.* » Des auteurs, partant de cette loi romaine, en concluent qu'en général et à moins de stipulation contraire, l'obligation de donner caution pour la

(1) *La evizione è una di quelle cose le quali* consequenter ex naturâ obligationis procedunt. *I paciscenti bene si avenano la facoltà di rinunziarvi. Ma quando non l'han fatto, si stima che loro volontà fosse stata di ritenerla come parte integrante della convenzione; facendo il loro silenzio presumere l'intenzione di seguitare la legge et la consuetudine del luogo dove han contrattato. Il perchè il giureconsulto ha detto doversi star fermo alla consuetudine del luogo del contratto, et non ha parlato di quella del luogo ove si trova la cosa che patisce l'evizione, e molto meno del luogo in cui dee avvenire la soluzione del contratto.* (P. 335.) — V. en ce sens Fœlix, t. Ier, n. 3. — V. cependant M. Demangeat par Fœlix, *ib.*, p. 237, note *a*, qui pense qu'il faut suivre la loi du domicile du vendeur ou de l'acheteur.

garantie est régie par la loi du lieu où la vente est devenue parfaite. Ils se fondent sur ce que la caution est alors une formalité requise pour la parfaite formation de la vente, *ad firmitatem contractûs;* un mode ajouté à la garantie due par le vendeur, *onus conventionis et obligationis*, qui fait partie du lien du contrat : d'où ils concluent que la caution doit être fournie conformément à la loi du lieu où le contrat est devenu parfait. Telle est l'opinion, notamment de Lauterbach (1) et de Christinæus (2) : « *Generaliter*, dit ce dernier docteur, *in omnibus quæ ad formam ejusque perfectionem pertinent, spectanda est consuetudo regionis ubi sit negociatio... ac proindè si ad substantiam contractus requiritur satisdatio, cavendum esse pro evictione, alioquin nullam omnino fore conventionem, etiam si res de quâ contrahebatur, erat alibi sita.* » Tel est aussi l'avis de Marcardus (3), qui veut qu'on s'en rapporte à la loi du lieu où le contrat a été passé, parce que la charge de donner caution *oritur secundùm naturam contractûs.* — « *Quod si Senis*, dit-il, *sit statutum vel consuetudo quod venditor teneatur præstare fidejussionem emptori de evictione, et Florentinus vendidit mihi Senensi prædium situm in territorio Florentino, et fuerit hic Senis celebratus contractus, sed nihil fuerit dictum de fidejussore, tamen tenebitur Florentinus mihi fidejussorem præstare, sive conveniatur hic Senis sive Florentiæ, licet prædium emptum sit in territorio Florentino, quia ista consuetudo sive statutum de fidejussore præstando respicit decisionem causæ, et est effectus causatus ab ipso contractu, tempore ipsius contractûs, ob statutum loci, nullo extrinseco interveniente, sed secundùm naturam ipsius contractûs.* »

Dumoulin, au contraire, s'élève avec force contre cette interprétation de la loi *Si fundus*, dans laquelle il ne voit qu'une règle particulière, déterminée sans doute par certaines circonstances qui se trouvaient favorables à son application, mais dont on ne doit pas faire une règle générale. Suivant lui, le statut qui régit l'éviction, quant à la caution,

(1) Dissert. 104, part. III, n. 58.
(2) Vol. I, décis. 283.
(3) Concl. 7, n. 75.

n'est pas réel, mais personnel. *Non concernit rem, sed personam, quia satisdatio est præstatio personalis;* d'où il conclut qu'il faut consulter ce que vraisemblablement les contractants ont voulu, et qu'en l'absence de l'expression d'une volonté contraire, le vendeur est présumé n'avoir voulu s'obliger que selon la loi de son domicile.

Boullenois se range de l'avis de Dumoulin, quant à la caution, et les raisons qu'il donne à l'appui de son opinion me paraissent décisives. La caution que le vendeur est obligé de donner pour garantie de la vente, n'est qu'un mode qui caractérise la garantie, mais qui n'appartient ni à la preuve et à l'authenticité de la vente, ni au lieu du contrat, parce que, sans la caution, la vente n'en est pas moins parfaite entre les parties. La nécessité de garantir la vente est de l'essence de la vente; mais non le mode de cette garantie. Ce mode, plus ou moins rigoureux, n'est qu'une charge dont le vendeur n'est tenu que lorsqu'il s'y est soumis expressément, ou quand les circonstances font présumer qu'il s'y est soumis. Dans tous les autres cas, la nécessité de donner caution ne produit qu'une action personnelle qui est régie par la loi du domicile du débiteur (1).

En résumé, donc, et sauf conventions contraires, la garantie d'éviction est réglée, pour le fond, par la loi du lieu du contrat; pour la forme et pour la caution du vendeur, par la loi du domicile de ce dernier.

639. La garantie des défauts cachés de la chose vendue est soumise aux mêmes règles. C'est ce que prouve l'article 1648 du Code civil, aux termes duquel l'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur, dans un bref délai, suivant la nature des vices rédhibitoires, et l'usage du lieu où la vente a été faite. Quoique cet article ait cessé d'être applicable dans un grand nombre de cas, depuis la loi du 20 mai 1838, spéciale aux ventes d'animaux domestiques, qui a remplacé les usages locaux par des règles uniformes, le principe qu'il pose n'en subsiste pas moins pour tous les cas non prévus par la loi nouvelle, de même que pour les ventes

(1) T. II, p. 461.

faites sous l'empire d'une législation, autre que celle du domicile du vendeur, ou du lieu du payement.

C'est donc la loi du lieu où la vente est faite qui détermine les cas où il y a lieu d'exercer l'action rédhibitoire. Telle est la décision de Colerus, ainsi rapportée par Boullenois (1) : *Licet jure civili redhibitoriâ in factum actione, emptor pro omnibus vitiis equi internis et non apparentibus, experiri possit, sive calcitrosus sit, hoc est pedibus feriens, sive lunaticus aut freneticus, sive ita pavidus ut semetipsum turbet et eripiat, item qui transjungi non potest, aut unum tantum jugum patitur, aut habeat gallas... tamen quia de jure Saxonico et imprimis civitatis Magdeburgi venditor regulariter non tenetur nisi de tribus vitiis, putà quod non sit retrogradus, neque cæcitate latente vel invisibili laboret, item quod non sit scabiosus; ideo sive civis sive forensis in his terris ubi regit jus prædictum, equum emerit, venditor non nisi super illis tribus vitiis redhibitoriâ conveniri, vel pro instrumento executivo, in his locis executari poterit, quantumvis solutio pecuniæ Noribergam, aut alium locum imperii, ubi jus civile observatur collata fuerit.* » Boullenois donne pour raison de cette décision que s'agissant, dans l'espèce posée par Colerus, d'une chose mobilière et d'un marché, dont le contrat et l'exécution se consomment sur-le-champ, l'intention des parties ne peut être autre que de se conformer aux lois du lieu où elles contractent. Mais cette raison n'est pas la vraie, puisque la solution serait la même s'il s'agissait d'un immeuble, ou si la livraison s'effectuait dans un lieu autre que celui où la vente est conclue. Je crois que la véritable raison de décider se trouve dans cette considération, qui a déjà déterminé une solution semblable relativement à la garantie de l'éviction, que le droit de recourir contre le vendeur pour les défauts cachés de la chose vendue, tient au lien du contrat qui ne se serait pas formé si les défauts avaient été connus et apparents. Le vendeur est tenu de garantir l'acquéreur contre les vices de la chose vendue, comme il est tenu de le garantir contre l'éviction. Il contracte l'obligation de garantir par cela même qu'il vend. Donc, à moins de conven-

(1) T. II, p. 476.

tion contraire, la loi qui régit le contrat, régit l'exercice de l'action en garantie qui appartient à l'acquéreur pour les défauts de la chose vendue, comme elle régit celle qui lui appartient en cas d'éviction.

640. C'est encore la loi du contrat qui détermine le délai dans lequel doit être exercée l'action rédhibitoire. Ici cessent d'être applicables les principes développés plus haut (1), et desquels il résulte que la prescription d'une action n'est pas habituellement régie par la loi du lieu du contrat. La durée de l'action rédhibitoire n'est pas une prescription ordinaire; c'est une des conditions de l'exercice de l'action fondée sur un vice caché de la chose, qui n'est réputé avoir existé au moment de la vente, et ne peut, en conséquence, donner lieu à une action en garantie qu'autant que cette action est intentée dans un délai déterminé suivant la nature de la chose et du vice dont se plaint l'acheteur. La durée de l'action est donc de l'essence de l'action même, d'où il suit qu'elle est necessairement déterminée par la loi qui gouverne l'action.

641. Je passe maintenant à la rescision. Un contrat, régulier d'ailleurs, peut cependant renfermer certains vices intrinsèques qui, d'après la loi sous l'empire de laquelle il a été passé, autorisent les parties à en demander la rescision. Tels sont le dol, la violence, l'erreur ou la lésion qui en résulte pour l'une des parties. De là, la question de savoir si cette action est régie par la loi du lieu où le contrat a été formé, ou par celle du domicile de la partie contre laquelle elle est formée; ou bien encore par la loi du lieu de l'exécution ou par celle du lieu de la situation de la chose.

Je crois qu'il faut distinguer entre le cas où l'action en rescision a pour objet un immeuble, et celui où elle a pour objet une chose mobilière. Si l'action en rescision tend à la revendication d'un immeuble, elle est régie par le statut réel, et conséquemment par la loi de la situation de l'immeuble revendiqué. Ainsi, c'est cette loi qui décide la question de savoir si la vente d'un immeuble peut être attaquée par le

(1) Voy. n. 558 et suiv., et 637.

vendeur pour cause de lésion. M. Fœlix (1), en émettant cet avis, cite deux arrêts de la Cour suprême d'appel du grand-duché de Hesse, séant à Darmstadt, rendus dans la cause de M. Bourdon, contre le prince d'Isembourg, qui l'ont ainsi décidé, le premier en date du 19 mars 1819, et le second de 1820.

Cependant M. Rocco (2) est d'un avis contraire; et, supposant le cas d'une vente faite à Naples d'un héritage situé à Londres, il décide que l'action en rescision, pour cause de lésion, sera gouvernée par la loi napolitaine, sous l'empire de laquelle la vente a été conclue; et il se fonde sur ce que l'action rescisoire, qui naît de la lésion, est une conséquence médiate, sinon immédiate, du contrat de vente. Mais cette considération n'est déterminante qu'autant qu'elle n'est pas dominée par une considération plus décisive. Elle n'a donc plus aucune force quand le statut réel qui régit la chose litigieuse s'oppose à l'application de la loi du lieu où le contrat est devenu parfait, parce qu'une loi étrangère ne peut jamais se substituer à la loi locale en ce qui touche la transmission et la propriété des immeubles.

L'opinion émise sur une question analogue, par M. Merlin (3), et celle de M. Meyer (4), ne sont pas contraires à cette solution ainsi qu'elles le paraissent au premier coup d'œil. M. Merlin, examinant la question de savoir si, dans le cas où la législation d'un même pays a éprouvé des variations, l'action en rescision pour cause de lésion doit être régie par la loi en vigueur au moment du contrat, ou par celle qui lui a succédé, et qui est en vigueur au moment où l'action est exercée, se prononce pour le première, et M. Meyer pour la seconde, en se fondant l'un et l'autre sur des arguments tirés du plus ou moins de force du contrat : le premier en voyant dans l'action en rescision une conséquence immédiate du contrat, qui se rapporte au temps où il a été conclu; le se-

(1) *Droit internat.*, n. 93.
(2) P. 351.
(3) *Répert.*, v° *Effet rétroactif,* t. XVI, p. 264.
(4) *Ibid.*, et *Principes sur les quest. transitoires*, p. 180 et suiv.

cond, en ne voyant dans cette action qu'une conséquence accidentelle qui ne se rapporte qu'au temps où l'action est exercée (1). Mais il est évident que, quelle que soit celle de ces deux opinions qu'on préfère, elles n'ont aucune influence sur la question de savoir si le statut réel ou de la situation doit être suivi de préférence à la loi du domicile ou à celle du lieu du contrat, puisque, dans l'hypothèse sur laquelle raisonnent M. Merlin et M. Meyer, le conflit s'élève entre deux lois qui, si elles diffèrent par le temps et par la date, ont successivement régi le même territoire, de telle sorte qu'en appliquant l'une ou l'autre, on suivra toujours le statut réel.

Si au contraire l'action en rescision tendait à obtenir la restitution d'une chose mobilière (2), sans assiette fixe, alors la loi du lieu du contrat deviendrait applicable. C'est alors qu'il serait vrai de dire, avec M. Merlin et M. Rocco, que l'action prend sa source dans la loi sous l'empire de laquelle les parties ont contracté, parce qu'elles n'ont traité que dans la confiance ou dans l'attente que si l'une d'elles se trompait ou était trompée sur l'objet de la convention, la loi viendrait à son secours et lui permettrait d'obtenir la réparation du tort qui lui a été causé.

Mais dans une vente d'immeubles, par quelle loi est régie la question de savoir si l'action en rescision est ouverte à l'acquéreur aussi bien qu'au vendeur? Nous venons de voir que si le vendeur se prétend lésé sur le prix, l'action en rescision, au moyen de laquelle il tend à reprendre possession de l'immeuble, est régie par la loi de la situation. Par quelle loi est régie l'action de l'acquéreur qui se prétend lésé sur la chose, et qui tend à l'abandon de cette chose, pour obtenir la restitution du prix? La question peut d'autant mieux se présenter, que l'article 1683 du Code Civil dispose que la rescision pour lésion n'a pas lieu en faveur de l'acheteur, et que des législations étrangères pourraient admettre une règle contraire.

(1) Voy., sur ce point, Chabot, *Quest. transitoires*, v° *Rescision*, n. 7.

(2) J'examinerai plus tard la question de savoir si l'action en rescision pour cause de lésion a lieu en matière de vente de meubles ou de marchandises.

M. Fœlix (1) résout la question en faveur de la loi du contrat. Lorsque, dit-il, la loi accorde à l'acheteur, comme au vendeur, le droit de faire rescinder la vente pour cause de lésion, l'action de l'acheteur devra être accueillie en France, nonobstant l'article 1683 du Code civil. Je ne partage pas cet avis. Sans doute, l'action de celui qui, prétendant avoir payé trop cher, demande la rescision du contrat, tend à la restitution du prix; mais elle tend aussi à ce que, par suite de cette restitution, le vendeur soit tenu de reprendre l'immeuble. C'est donc la propriété de l'immeuble qui fait le fond de la contestation, c'est donc de l'immeuble qu'il s'agit; c'est donc le statut réel, ou la loi de la situation de l'immeuble qui régit l'action de l'acquéreur comme celle du vendeur.

642. Si l'action en rescision était fondée sur l'incapacité de l'un des contractants, par exemple sur la minorité, l'action serait, sous ce rapport, régie par le statut personnel, c'est-à-dire par la loi du domicile du mineur ou de l'incapable; parce que, bien que réelle, au fond, si la convention rescindable avait un immeuble pour objet, l'action serait personnelle quant à sa cause qui résulterait de l'état de la personne; et la personnalité devrait alors l'emporter sur la réalité, *Quia actio personalis est dignior reali* (2).

643. Il n'est pas douteux, au surplus, que l'action en rescision soit ouverte en France aux étrangers comme aux Français, puisqu'elle prend sa source dans la bonne foi et l'équité naturelle, qui sont sous la protection du droit des gens. C'est ce qui a été jugé par un arrêt du parlement de Paris, du 18 juillet 1616, en faveur d'un vendeur allemand contre un Français (3).

644. Quant à la prescription de l'action en rescision, elle est régie, suivant qu'elle est réelle, personnelle ou mobilière, par les distinctions qui ont déjà été établies et développées plus haut(4).

(1) *Droit internat.*, p. 151.
(2 Bacquet, *Droits de justice*, ch. VIII, n. 29.
(3) M. Troplong, *De la vente*, t. II, n. 799.
(4) Voy. n. 558 et suiv.

645. Les règles qui précèdent sur l'exécution et les effets des contrats, sont applicables aux quasi-contrats : les engagements qu'ils produisent sont régis par la loi du lieu où s'est accompli le fait duquel résulte le quasi-contrat. Ainsi, celui qui gère volontairement l'affaire d'autrui (1), ou qui reçoit ce qui ne lui est pas dû (2), doit être jugé, quant à ses obligations, comme *negotiorum gestor*, ou, quant à l'obligation de restituer la somme indûment reçue, par la loi du lieu dans lequel ces faits se sont passés (3).

646. En terminant, nous remarquerons que la règle qui soumet les effets des actes à la loi du lieu où ils sont passés, souffre une exception notable, relativement au mariage. Le contrat est réputé passé, non dans le lieu où le mariage se célèbre, mais dans le lieu où les époux se proposent, en le célébrant, de fixer leur domicile, et que, par cette raison, on appelle le domicile conjugal. C'est par la loi de ce lieu que l'on interprète les conventions nuptiales et que l'on y supplée quand il n'en a pas été rédigé par écrit (4). Il est en effet naturel de penser que les époux, en se mariant, ont entendu faire régir leur association plutôt par la loi du lieu dans lequel ils doivent vivre, que par celle d'un lieu dans lequel ils se trouvent accidentellement ou passagèrement. Telle est la disposition formelle de la loi 65 ff. *De judiciis* : « *Non oportet*, dit Ulpien, *spectari locum in quo instrumentum dotis factum est, sed eum in cujus domicilium et ipsa mulier per conditionem matrimonii reditura est* (5). »

646 *bis*. Dans tout ce qui précède, nous ne nous sommes occupés de l'effet, sur les actes passés dans un pays, des lois d'un autre pays, qu'en ce qui touche les rapports purement privés des parties contractantes. Il nous reste à donner quelques explications relativement à l'effet que les lois fiscales

(1) Cod. civ., 1372.

(2) *Ibid.*, 1376.

(3) M. Fœlix, *Droit internat.*, t. I, n. 114. Voy. *sup.*, n. 583.

(4) M. Merlin, *Répert.*, t. XVI, p. 691 ; Boullenois, t. I, p. 802, et t. II, p. 258 et suiv., et les nombreux auteurs qu'il cite ; M. Rocco, p. 335. V. aussi Cass., 30 janv. 1854, S., 54, 1, 268.

(5) Voy. *sup.*, n. 548, 561 et 593.

d'un pays peuvent avoir, en dehors de ce pays, sur les contrats passés avec les citoyens d'un autre pays, et spécialement sur les droits des porteurs d'actions ou d'obligations d'une société ou compagnie industrielle étrangère qui depuis leur émission ont été grevés d'impôts au profit de l'État dans lequel est établie cette société.

La question s'est présentée naguère à l'occasion de la prétention de la compagnie des chemins de fer romains de faire supporter aux porteurs français de ses obligations l'impôt sur la richesse mobilière afférent à ces obligations aux termes de la loi italienne postérieure à leur émission et qui était perçu par les gouvernements italiens sur la compagnie. Elle a été résolue contre les obligataires français par un jugement du tribunal de commerce de la Seine du 10 janvier 1869, confirmé par un arrêt de la Cour de Paris du 2 mars 1870 (1).

Cette solution ne me paraît pas admissible, du moins d'une manière absolue.

Il faut d'abord remarquer que celui qui prend des actions dans une société étrangère, quelle que soit d'ailleurs sa nationalité personnelle, se soumet aux lois qui régissent cette société; en tant qu'actionnaire, il devient étranger, et ne peut avoir d'autres droits que ceux qui compètent à la société. Si donc la loi du pays dans lequel la société est établie frappait la société d'un impôt mobilier qui doit se répartir entre les actions, les bénéfices de la société et, par conséquent, la somme à répartir entre les actionnaires, quels qu'ils fussent, se trouveraient réduits d'autant, et les actionnaires étrangers qui n'ont droit qu'à un dividende seraient incontestablement tenus de supporter cette réduction.

Mais les obligataires ne sont pas dans la même position. Les actionnaires, c'est la société dont ils sont membres et comme tels ils n'ont d'autres droits que ceux de la société; les obligataires au contraire, sont des prêteurs, et les droits qu'ils ont comme tels, loin de se confondre avec ceux de la société, s'exercent au contraire contre elle. Il suit de là qu'un impôt

(1) S., 71, 2, 111; D., 70, 2, 107.

peut atteindre la société sans les atteindre; et que, s'il peut dépendre de la volonté du législateur d'atteindre par une loi d'impôt ceux des obligataires qui se trouvent sous sa souveraineté, les obligataires qui ressortissent d'une autre souveraineté lui échappent.

J'admets donc que les Français porteurs d'obligations d'une société étrangère, qui sont elles-mêmes des obligations étrangères, c'est-à-dire qui ont été émises en pays étranger, qui sont payables en pays étranger, lesquels porteurs n'ont par conséquent de droits à exercer qu'en pays étranger, ne puissent exercer ces droits qu'en se conformant à la loi étrangère qui en détermine l'étendue.

Mais ce que je n'admets pas, c'est que, lorsque les obligations d'une compagnie étrangère sont émises en France, payables en France, l'intérêt que la compagnie étrangère est tenue de payer aux obligataires français puisse se trouver réduit par une loi d'impôt qui peut bien atteindre la compagnie, mais qui ne peut atteindre ses créanciers français.

Il me semble en effet hors de doute que la créance contractée en France, payable en France, bien qu'elle soit due par un étranger, n'en est pas moins une créance française, une richesse française qui, n'ayant à aucun degré besoin, pour être perçue en France, de la protection de la loi étrangère, ne peut être frappée en France, par un impôt établi par une loi étrangère. Le Gouvernement étranger, et dans l'espèce le gouvernement italien, n'aurait aucune action directe pour recouvrer sur les obligataires l'impôt qu'il a décrété. Il n'aurait aucune action sur la personne qui est hors de son atteinte; il n'aurait aucune action sur l'obligation même dont les intérêts doivent être payés en France, parce que la force de la loi de l'impôt, en vertu de laquelle il prétendrait agir, est une loi territoriale qui expire aux frontières de chaque État.

La créance française de l'obligataire français qui ne peut être réduite directement par l'impôt étranger, peut-elle l'être indirectement; et spécialement la compagnie italienne qui a payé l'impôt sur la somme des intérêts à payer aux obligataires, peut-elle retenir sur le montant des intérêts par elle

dus le montant de l'impôt qu'elle a été tenue de payer ? Qu'elle le puisse vis-à-vis des obligataires italiens, cela va de soi. La loi italienne aurait pu les imposer directement : pour faciliter la perception, elle a imposé la Compagnie, il est parfaitement juridique que la Compagnie puisse recourir contre eux par voie de retenue. Mais si la loi italienne n'a pu imposer directement les obligataires français, comment aurait-elle pu les imposer indirectement et transmettre à la Compagnie un droit qui ne pouvait à aucun titre appartenir au gouvernement italien, et empiéter ainsi par un moyen détourné sur le droit inaliénable d'une autre souveraineté d'établir des impôts sur son territoire ?

Dans cette situation, les sommes payées par la Compagnie étrangère au Gouvernement dont elle relève, sont des charges sociales, qui, si elles peuvent diminuer les revenus des actions consistant dans un dividende proportionnel aux bénéfices, restent sans effets sur l'intérêt dû aux obligataires français qui consiste dans une somme fixe indépendante des revenus et des charges de la société.

Il suit de là, en définitive, que les emprunts contractés en France par des sociétés étrangères, et payables en France, sont régis, à moins de convention contraire, par la loi française.

Par la même raison les impôts qui frappent en France la circulation des valeurs étrangères (1) ne pourraient atteindre ces mêmes valeurs dans leur pays d'origine.

646 *ter*. Il faut d'ailleurs remarquer que, bien qu'un contrat passé en France entre Français ou régnicoles, et destiné à être exécuté en France, soit régi par la loi française quant à sa forme et quant à son exécution (2) ; il peut cependant arriver que les conditions de son exécution dépendent d'une loi étrangère quand elles sont subordonnées à des obligations réglées par une loi étrangère. C'est ce qui peut avoir lieu en

(1) Loi du 22 mai 1857 ; décrets du 17 juillet 1857, 11 déc. 1864, 30 mars 24 et 25 mai 1872. V. aussi M. Buchère, *des valeurs mobilières*, n. 156 et suiv.

(2) V. *sup.*, n. 595.

matière d'assurances maritimes quand le contrat d'assurance passé en France et entre Français ou régnicoles, s'applique à un navire étranger commandé par un capitaine étranger. C'est en ce sens qu'il a été jugé par la Cour de cassation, le 11 février 1862 (1), qu'encore bien que la police d'assurance d'un navire étranger ait été passée en France et entre régnicoles, cependant les obligations du capitaine étranger de ce navire ne cessent pas d'être régies par la loi du pays auquel ce navire appartient; et que spécialement, pour établir vis-à-vis des assureurs soit la navigabilité de navire, soit les avaries souffertes, il suffit que le capitaine ait rempli les obligations que lui imposait sa loi personnelle, sans qu'il soit nécessaire qu'il se soit conformé aux formalités prescrites par la loi française (2).

... « Attendu, dit cet arrêt, que l'article 225 du Code de commerce ne peut s'appliquer qu'aux navires français, et ne saurait étendre ses dispositions aux navires étrangers que la fiction légale répute partie intégrante de la souveraineté dont ils portent le pavillon; qu'à leur égard les obligations des capitaines qui les commandent sont déterminées par la loi de leur nation, et non par celle du territoire auquel ces navires abordent accidentellement... »

Cette distinction me semble juridique. Sans doute celui qui contracte dans un pays se soumet aux lois de ce pays pour l'exécution du contrat, en tant qu'il est lui-même obligé : il ne peut s'y soumettre en ce qui touche les choses qui ne dépendent pas de lui, mais d'un tiers qui n'est pas partie au contrat.

SECTION III. — DE LA COMPÉTENCE ENTRE ÉTRANGERS, ET ENTRE FRANÇAIS ET ÉTRANGERS.

SOMMAIRE. — 647. Compétence générale et compétence particulière des tribunaux français relativement aux étrangers. Fondement de cette compétence. — 648. Division.

647. La juridiction des tribunaux français, relativement

(1) S., 62, 1, 376.
(2) C. comm., art. 225 et 414

aux étrangers, peut être envisagée sous deux points de vue: d'abord quant à la compétence générale de ces tribunaux pour connaître des demandes formées par les étrangers ou contre eux; ensuite, quant à la compétence particulière de chaque tribunal, suivant la nature de la contestation.

Sur le premier point, il n'est pas douteux que les étrangers ayant le droit de venir en France, d'y séjourner et d'y contracter, ont par cela même le droit d'ester en justice soit en demandant, soit en défendant, puisque le séjour y deviendrait pour eux impossible, et tout contrat inutile, s'ils n'avaient pas les moyens d'agir ou de se défendre, soit pour obtenir ce qui leur est dû, soit pour conserver ce qu'ils ont.

Sur le second point, il est également manifeste que les étrangers admis en France à se porter demandeurs devant les tribunaux, doivent observer les règles de compétence établies par les lois françaises, ou subir ces règles lorsqu'ils sont défendeurs, puisqu'en recourant aux autorités constituées, ou en s'y trouvant soumis, ils doivent les accepter telles qu'elles sont, et avec leurs conditions d'existence.

Ces règles, fondées sur la nature même des choses, sont de tous les temps et de tous les lieux. A Athènes, les commerçants étrangers étaient jugés, soit par les *nautodiques* (Ναυτοδίκαι), soit par les *épagogues* (Ἐπαγωγεῖς), magistrats dont la juridiction s'étendait et sur les étrangers et sur les nationaux (1). A Rome, un préteur spécial, *prætor peregrinus*, était chargé de prononcer sur les contestations entre étrangers, qui se jugeaient hors rang, *extra ordinem* (2), et sans retard, *levato velo* (3). Et dans le moyen âge, à mesure que les relations commerciales s'établissaient entre les peuples, on voyait s'établir en même temps des juges qui avaient une compétence spéciale sur les étrangers (4).

Si plus tard et à mesure que les institutions judiciaires se

(1) M. Pardessus, *Lois maritimes*, t. I, ch. II.

(2) Bouchaud, *Théor. des traités de comm.*, p. 138; Bacquet, *Droit d'aubaine*, ch. III, n. 15.

(3) L. V, au Code, *De naufragiis;* Perezius, sur cette loi, n. 1. — M. Pardessus, *ubi sup.*

(4) Voy. *sup.*, n. 438.

sont perfectionnées, les étrangers n'ont plus eu de tribunaux spéciaux, sauf en certains cas le tribunal des consuls de leur nation, ils ont trouvé les mêmes garanties devant les tribunaux ordinaires dont l'accès leur est resté ouvert, suivant certaines formes et certaines conditions relatives soit à la compétence, soit à la manière de procéder.

648. Nous allons nous occuper ici d'abord de la compétence générale, ensuite de la compétence particulière. Ce qui regarde la forme de procéder fera l'objet de la section suivante.

§ 1. — *De la compétence générale des tribunaux français relativement aux étrangers.*

Sommaire. — 649. Division du § 1er.

649. La compétence générale ou la juridiction des tribunaux français relativement aux demandes formées par les étrangers ou contre eux, peut être envisagée, soit quant aux demandes formées par un étranger contre un étranger, soit quant aux demandes formées par un Français contre un étranger, soit quant aux demandes formées par un étranger contre un Français. Ces trois points de vue distincts embrassent toutes les questions qui peuvent se présenter en cette matière.

Article 1. — De la compétence des tribunaux français relativement aux contestations entre deux étrangers.

Sommaire. — 650. Position de la question. — 651. Les tribunaux français sont compétents pour connaître des actions réelles entre étrangers. — 652. *Quid,* des actions personnelles et mobilières? Distinction introduite par la jurisprudence entre les matières civiles et les matières commerciales. — 653. Examen de cette jurisprudence. Jurisprudence ancienne. — 654. Discussion au conseil d'État. — 655. Jurisprudence moderne. Distinctions qu'elle a introduites. — 656. Les tribunaux français sont incompétents pour connaître des contrats passés en pays étranger entre étrangers, et qui ne doivent pas être exécutés en France. — 657. *Quid,* des étrangers qui ont contracté en France? — 658. Affaires commerciales. — 659. Les tribunaux français sont compétents, en principe, pour connaître entre étrangers, domiciliés ou non domiciliés, de tous les contrats du droit des gens civils ou commerciaux. — 660. Ils sont dans tous les cas compétents si le défendeur a en France une résidence ou un domicile de fait. — Établissements de bienfaisance. — 661. Il suffit d'ailleurs que l'un ou l'autre étranger soit autorisé à établir son domicile en France. — 662. Réciprocité diplomatique. — 663. Élection de domicile pour le payement. — 664. Pour l'exé-

cution. — 665. Les tribunaux français sont compétents pour connaître de l'action en réparation du dommage causé par un crime ou un délit. — 666. Questions d'État. — Séparation de corps. — 667. Séparation de biens. — 668. Mesures conservatoires; saisies-arrêts. — 669. Procès entre époux; sûreté personnelle; aliments. — 670. Effets du consentement des étrangers à être jugés par les tribunaux français. — 671. Quand l'exception d'incompétence doit-elle être proposée? — 672. Renonciation des étrangers qui saisissent un tribunal étranger à la juridiction des tribunaux français.

650. La question de savoir si les tribunaux français sont compétents pour connaître des contestations qui s'élèvent entre deux étrangers est complexe, et comprend plusieurs autres questions : les tribunaux français sont-ils compétents pour connaître des contestations entre étrangers qui sont passagèrement en France, soit qu'il s'agisse d'une action réelle et immobilière, soit qu'il s'agisse d'une action personnelle et mobilière, soit que le contrat, objet de la contestation, ait été passé en France, soit qu'il ait été passé en pays étranger? Ne sont-ils compétents que lorsqu'un au moins des deux étrangers est admis à établir son domicile en France, ou y jouit des droits civils par droit de réciprocité? Ne sont-ils compétents qu'en matière commerciale?

651. Mettons d'abord en dehors de toute controverse la question relative aux actions réelles et immobilières. La compétence du juge territorial, pour connaître de ces actions, se fonde sur la situation de l'immeuble et sur le statut réel sans tenir aucun compte de la qualité ou du domicile des parties (1).

652. Quant aux actions personnelles et mobilières, la tendance générale de la jurisprudence est de n'admettre la compétence des tribunaux français entre étrangers, d'une manière absolue, qu'en matière commerciale. En matière civile, et même pour les engagements passés en France, une jurisprudence qui, il est vrai, tend aujourd'hui à se modifier, a longtemps exigé, pour que les tribunaux français soient compétents, que l'un des étrangers au moins fût autorisé à établir son domicile en France et y jouît des droits civils.

(1) M. Rocco, p. 200. — V. Cass., 19 avril 1852, S.; 52, 1, 801.

653. Cette jurisprudence résulte de nombreuses décisions judiciaires que nous indiquerons bientôt, et qui partent toutes, de ce point, qu'en règle générale, et sauf certains cas d'exception, les tribunaux français ne doivent pas la justice aux étrangers. L'ancien droit, qui n'était pas plus favorable aux aubains, se fondait, pour leur refuser le droit de s'actionner réciproquement en France, à raison des engagements qu'ils y avaient pris, sur la règle générale qui, en matière personnelle, attribue compétence au juge du domicile, *in actione personali actor sequitur forum rei;* et l'ancienne jurisprudence ne fit exception pour les engagements commerciaux contractés entre étrangers, qu'après que les dispositions expresses des ordonnances eurent introduit, en matière commerciale, la faculté de choisir entre le juge du domicile, celui du contrat et celui du payement (1) : de sorte que, dans la pratique, on étendit le bénéfice de ces ordonnances aux étrangers, en les appelant à jouir d'une disposition qui n'avait probablement été introduite qu'en faveur des nationaux, auxquels on avait voulu donner le moyen d'agir en France contre leurs débiteurs étrangers. Un seul texte permettait expressément aux étrangers, et pour un cas tout spécial, de s'actionner réciproquement devant les juges français; c'était l'article 1er du titre IIe du livre Ier de l'ordonnance de la marine, de 1681, aux termes duquel les juges de l'amirauté connaissaient, privativement à tous autres et entre toutes personnes, de quelques qualités qu'elles fussent, même privilégiées, Français et *étrangers*, de tout ce qui concernait la construction, les agrès et apparaux, l'avitaillement et l'équipement, la vente et l'adjudication des vaisseaux.

Néanmoins, un arrêt du parlement de Bordeaux, du mois de septembre 1775, avait été jusqu'à juger qu'un étranger pouvait être poursuivi en France par ses débiteurs étrangers, même pour dettes contractées hors de France. Il s'agissait d'un négociant de Dublin qui, après avoir fait faillite dans son pays, s'était réfugié en France pour échapper à ses créanciers. Un de ses créanciers, Irlandais de nation, l'y poursuivit et obtint

(1) Boullenois, t. I, p. 606.

contre lui une sentence par corps de la juridiction consulaire de Bordeaux. Le débiteur interjeta appel de cette sentence, mais elle fut confirmée par l'arrêt précité du parlement de Bordeaux, qui considéra que les engagements sont du droit des gens et non du droit civil; que de même qu'on peut les contracter en tous lieux, même aussi on peut être recherché en tout lieu pour les acquitter; et que d'ailleurs il importe à toutes les nations de fermer la porte à la fraude des négociants qui ne s'expatrient, le plus souvent, que pour aller jouir en paix de la fortune qu'ils ont élevée sur les débris de celle de leurs concitoyens (1).

Hâtons-nous de dire que cette dernière jurisprudence ne prévalut pas. Déjà un arrêt du parlement de Paris, du 7 août 1732, avait jugé qu'un Anglais ne pouvait être poursuivi en France pour des billets par lui souscrits en pays étranger, au profit d'un étranger (2). « Quoique les Anglais puissent être actionnés en France, disait, dans cette affaire, M. l'avocat général Gilbert des Voisins, cependant, lorsqu'il s'agit d'obligations passées dans le pays étranger où ils sont domiciliés, il est juste de suivre la règle générale, qui veut que le défendeur soit assigné devant le juge de son domicile. » La même chose avait été jugée par deux arrêts postérieurs du parlement de Douai, rendus les 15 juillet 1782 et 14 décembre 1785, en faveur des sieurs Cuningham et Hamilton, tous deux Anglais, contre les sieurs Forbe et Honvel, aussi tous deux Anglais, qui les poursuivaient en payement de billets souscrits par eux en Angleterre (3).

L'ancienne jurisprudence admettait donc comme règle que les tribunaux français étaient incompétents pour connaître, en matière civile, des contestations entre étrangers; mais qu'ils étaient compétents pour connaître des contestations en matière commerciale, lorsqu'il s'agissait d'engagements pris en France. Il paraît de plus qu'on décidait généra-

(1) M. Merlin, *Questions de droit*, v° *Étrangers*, § 2, n. 1.
(2) Denizart, v° *Consul des marchands*, § 3, n. 23.
(3) M. Merlin, *Répert.*, v° *Étranger*, § 2; et *Quest de droit*, *eod verb.*, § 2.

lement que les étrangers, même dans le cas où les tribunaux français étaient incompétents, pouvaient, en comparaissant, proroger par leur silence la compétence de ces tribunaux, et constituer ainsi une sorte d'arbitrage.

654. Ces différents points se trouvent résumés dans la discussion qui eut lieu au conseil d'État sur l'article 14 du Code civil qui, comme nous le verrons plus tard, a pour objet de régler la compétence des tribunaux français, relativement aux contestations entre Français et étrangers. Voici le résumé de cette discussion, telle que nous l'offrent les procès-verbaux : « Le consul Cambacérès dit qu'il est nécessaire d'ajouter à l'article (14) une disposition pour les étrangers qui, ayant procès l'un contre l'autre, consentent à plaider devant un tribunal français. Il considère ce consentement comme établissant un arbitrage qui doit avoir son effet. Il demande si un étranger peut traduire devant un tribunal français un autre étranger qui a contracté envers lui une dette payable en France. — M. Tronchet répond que le principe général est que le demandeur doit porter son action devant le juge du défendeur; que cependant, dans l'hypothèse proposée, le tribunal aurait le droit de juger, si sa compétence n'était pas déclinée. — M. Defermon fait remarquer que ce serait éloigner les étrangers des foires françaises, que de leur refuser le secours des tribunaux pour exercer leurs droits sur les marchands étrangers avec lesquels ils ont traité. — M. Réal répond que dans ce cas les tribunaux de commerce prononcent. — M. Tronchet ajoute que la nature des obligations contractées en foire ôte à l'étranger défendeur le droit de décliner la compétence des tribunaux français. Mais l'article en discussion ne préjuge rien contre ce principe : il est tout positif. On ne peut donc en tirer aucune conséquence négative : il ne statue que sur la manière de décider les contestations entre un Français et un étranger, et ne s'occupe pas des procès entre étrangers. »

Comme on le voit, les rédacteurs du Code civil n'ont pas voulu s'expliquer nettement sur la compétence des tribunaux français entre étrangers; et, tout en rappelant ce qui avait eu

lieu jusqu'alors, le conseil d'État a constaté que le silence du Code ne préjugeait rien sur la solution que les questions qui nous occupent étaient appelées à recevoir. Depuis le Code civil aucune loi n'est venue suppléer à son silence ; seulement l'art. 420 du Code de procédure a renouvelé la disposition des anciennes ordonnances qui, en matière commerciale, donnaient au demandeur la faculté d'assigner le défendeur, soit devant le juge de son domicile, soit devant celui du lieu du contrat, soit devant celui du lieu du payement.

655. Dans cet état de choses, une jurisprudence qui s'est manifestée par un assez grand nombre de décisions judiciaires, a décidé que les tribunaux français sont incompétents pour connaître, entre étrangers non autorisés à établir leur domicile en France et qui par conséquent n'y jouissent pas des droits civils, des actions personnelles et mobilières en matière civile, alors même qu'il s'agirait de l'exécution d'engagements contractés en France (1) ; tout en laissant d'ailleurs aux tribunaux français la faculté ou de connaître de ces actions, lorsque les deux étrangers y consentent, soit expressément, soit tacitement, en ne proposant pas le déclinatoire *in limine litis* (2) ; ou de se déclarer incompétents, malgré ce consentement, qui ne leur impose pas l'obligation de juger ceux dont ils ne sont pas les juges naturels (3). En matière commerciale, au contraire, la jurisprudence a reconnu aux tribunaux français une compétence obligatoire lorsque les parties se trouvent dans les termes de l'article 420 du Code de procédure (4) :

(1) Cass., 22 janv., 1806. S., 2, 1, 206 ; Colmar, 30 déc. 1815, S., 5, 2, 87 ; Cass. 2 avril 1833, S., 33, 1, 435 ; Paris, 12 juillet 1870, S., 71, 2, 183.

(2) Cass., 4 sept. 1811, S., 3, 1, 402 ; 27 nov. 1822, *ibid.*, 7, 1, 162 ; 30 juin 1823, *ibid.*, 7, 1, 277 ; 29 mai 1833, 33, 1, 522 ; Douai, 7 mai 1828, *ibid.*, 3, 2, 76 ; Bourges, 8 déc. 1843, *ibid.*, 44, 2, 491. — Voy. M. Rocco, p. 203.

(3) Cass., 8 avril 1818, S., 5, 1, 461 ; Douai, 7 mai 1828, *ibid.*, 19, 2, 76 ; Cass., 17 janv. 1857, *ibid.*, 57, 1, 161 ; Rouen, 23 avril 1855, *ibid.*, 57, 2, 383 ; Cass., 10 mars 1858, *ibid.*, 58, 1, 529.

(4) Cass., 20 août 1811. S., 3, 1, 395 ; 24 avril 1827, *ibid.*, 8, 1, 579 ; 26 nov. 1828, *ibid.*, 9, 1, 192, Colmar, 30 déc. 1815, *ibid.*, 5, 2, 87 ; Paris, 24 mars 1817, *ibid.*, 257 ; 10 nov. 1825, *ibid.*, 8, 2, 147. Cass., 9 mars 1863, S. 65. 1. 225.

hors des termes de cet article, on a jugé, tantôt dans le sens de l'incompétence (1), tantôt dans le sens de la compétence absolue, par cela seul que la contestation était commerciale (2). Ces différentes distinctions ont été admises par un certain nombre d'auteurs qui, de même que les arrêts desquels résulte la jurisprudence, prétendent, pour refuser aux tribunaux français une compétence générale sur les contestations entre étrangers non domiciliés, que les tribunaux d'un pays ne sont pas les juges nécessaires des étrangers, sur lesquels ils n'ont aucun pouvoir naturel ni aucune juridiction territoriale, sauf les cas où la loi leur attribue, par une disposition particulière, une compétence déterminée; et pour leur attribuer une compétence plus ou moins étendue dans les matières commerciales, ils se fondent, soit sur ce que le commerce est du droit des gens, peut se faire partout, et peut être jugé partout; soit sur la disposition particulière de l'article 420 du Code de procédure qui, en permettant au demandeur de citer le défendeur, en matière commerciale, non-seulement devant le juge du domicile de ce dernier, mais encore devant celui du lieu où la promesse a été faite et la marchandise livrée, ou bien encore devant celui du lieu du payement, a formulé une dérogation expresse à la règle générale *Actor sequitur forum rei;* dérogation dont les étrangers peuvent profiter aussi bien que les nationaux (3).

Ces distinctions ne me paraissent pas admissibles; et malgré la déférence qui est due à des autorités aussi respectables par leur nombre que par leur poids, je crois que tout étranger, domicilié ou non domicilié en France, est justiciable des tribunaux français pour les obligations qu'il a souscrites en

(1) Cass., 6 févr. 1822, S., 7, 1, 27; Rouen, 11 janv. 1817, *ibid.*, 5, 2, 226; Paris, 8 avril 1865, *ibid*, 65, 2, 200.

(2) Paris, 10 nov. 1825, S., 8, 2, 148; Montpellier, 23 janv. 1841, *ibid.*, 41, 2, 193; Bordeaux, 5 août 1868, D., 69, 2, 111.

(3) M. Merlin, *Répert.*, v° *Étranger*, § 2; et *Souveraineté*, § 5; M. Pigeau, t. I, p. 100; M. Delvincourt, t. I, p. 29, *notes*. M. Toullier, t. I, p. 265; M. Duranton, t. I, n. 152; Favard de Langlade, *Répert.*, v° *Étranger;* M. Pardessus, n. 1477; MM. Bioche et Goujet, *Dict. de Procéd.*, n. 33 et 34; M. Rocco, p. 186; M. Demolombe, t. Ier, n. 261. — Voy. aussi le rapport déjà cité de M. le premier président Portalis.

France, sans distinction aucune entre les obligations purement civiles et les obligations commerciales. Bien que la compétence des tribunaux français ne soit pas contestée en ce qui regarde les affaires commerciales, on va voir que l'examen de la question sous le point de vue du droit civil n'est cependant pas dépourvue d'intérêt, même relativement au commerce, parce que si l'on admet l'incompétence pour les affaires civiles, la compétence pour les affaires commerciales n'a plus qu'une base arbitraire et conséquemment fragile.

656. Il faut tout d'abord reconnaître qu'en quelque matière que ce soit, civile ou commerciale, les tribunaux français ne sont pas compétents entre étrangers non domiciliés pour connaître des contestations relatives à des engagements contractés hors de France, et qui ne doivent pas être exécutés en France (1). Dans ce cas, la compétence du juge français n'aurait ni cause, ni prétexte; c'est alors qu'on peut dire avec raison qu'il y a incompétence absolue, puisqu'il n'y a compétence *neque ratione domicilii*, *neque ratione contractûs*, *neque ratione destinatæ solutionis*, *neque ratione dominationis*. Les parties étrangères pourraient sans doute, dans ce cas, consentir à procéder devant les tribunaux français : mais ce consentement ne pourrait lier les juges, qui resteraient libres de retenir la cause ou de se déclarer d'office incompétents. Une incompétence absolue ne peut jamais être couverte.

657. Ce premier point mis hors du débat, j'arrive à la question de savoir si l'étranger qui a contracté en France envers un autre étranger, est justiciable des tribunaux français.

Admettre les étrangers dans l'État, leur permettre d'y faire tous les contrats du droit des gens, non-seulement avec les nationaux, mais encore avec d'autres étrangers, et néanmoins leur refuser la faculté de poursuivre devant les tribunaux français l'exécution de ces contrats, c'est ne leur accorder qu'un droit illusoire et sans sanction. La loi qui leur permet d'agir contre les Français ne leur fait justice qu'à demi (2). De même

(1) Metz, 3 et 9 juin 1823, S., 7, 2, 223 et 226.
(2) Cod. Civ., 13, 14 et 15.

qu'ils ont pu contracter avec les étrangers comme avec les nationaux, de même aussi ils doivent pouvoir agir contre les étrangers comme contre les nationaux. Dans l'un et dans l'autre cas, ils étaient sous la protection des lois françaises quand ils ont contracté; les lois françaises ne peuvent donc, sans se manquer à elles-mêmes, refuser leur appui aux étrangers après les avoir mis dans le cas d'avoir besoin de cet appui.

On peut pressentir une objection : ce n'est pas, pourrait-on dire, la loi française qui laisse aux étrangers la faculté de contracter; c'est le droit des gens ou le droit naturel qui les y autorise. Ils n'ont donc rien à demander à la loi française ni aux juges qui sont chargés de l'appliquer.

L'objection ne serait que spécieuse. Si les étrangers peuvent faire en France tous les contrats du droit des gens, c'est parce que la loi ne les leur interdit pas : ne pas les leur interdire, c'est les leur permettre; les leur permettre, c'est leur garantir tacitement le moyen d'en assurer l'exécution. Dans l'ordre actuel des sociétés, les contrats du droit des gens empruntent tous quelque chose au droit civil : être réduit à la faculté de faire ces contrats, ce n'est donc pas être réduit aux seules garanties du droit naturel. S'il en était ainsi, si les étrangers, qui, comme hommes, peuvent faire tous les contrats du droit des gens, ne trouvaient la sanction des obligations prises envers eux par d'autres étrangers, que dans le droit des gens, ou, ce qui revient au même, dans le droit naturel, ce serait en quelque sorte les autoriser à se faire justice à eux-mêmes, et à chercher dans le droit naturel le secours que leur refuserait le droit civil.

Assurément ce n'est pas là ce que se proposent ceux qui refusent aux tribunaux français toute juridiction civile sur les étrangers. Loin de chercher le désordre, ils pèchent plutôt par un amour exagéré de l'ordre, qui leur fait croire que les tribunaux institués pour juger les nationaux ou ceux qui leur sont assimilés, n'ont aucune autorité sur les étrangers, et que ce serait entreprendre sur l'autorité des souverainetés étrangères que de s'arroger le droit de juger leurs sujets.

Ces craintes sont exagérées en fait et en droit. En fait, puis-

que toutes les législations étrangères admettent la compétence des tribunaux du pays pour connaître des contestations entre étrangers (1); et loin que cet état de choses ait soulevé des conflits d'attribution entre des tribunaux de nationalités diverses, ou amené quelque désordre dans les relations internationales, c'est au contraire la jurisprudence exceptionnelle suivie en France qui crée des embarras, aux étrangers en France, et aux Français en pays étranger, en provoquant des mesures de rétorsion dont l'objet est de refuser aux Français le droit qu'en France on refuse aux étrangers. C'est ce qui a lieu notamment en Autriche, en Prusse, en Bavière, en Wurtemberg (2).

En droit, il est inexact de dire que les tribunaux ne sont institués que pour juger les nationaux et non les étrangers. C'est, au contraire, un principe du droit des gens, que tout étranger qui se trouve dans un pays et qui y contracte, se soumet par cela seul aux lois de ce pays et aux tribunaux chargés d'appliquer ces lois. « Les différends qui peuvent s'élever entre les étrangers, dit Wattel (3), doivent être terminés par les juges du lieu et suivant les lois du lieu. Et comme le différend naît proprement par le refus du défendeur qui prétend ne pas devoir ce qu'on lui demande, il suit du même principe que tout défendeur doit être poursuivi par devant son juge, qui seul a le droit de le condamner et de le contraindre.... Le juge du défendeur est le juge du lieu où ce défendeur a son domicile, *ou celui du lieu où le défendeur se trouve à la naissance d'une difficulté soudaine...* (4). » On reconnaît avec grande raison que les étrangers sont justiciables des tribunaux du pays pour tous les faits contraires aux lois de police et de sûreté, parce qu'ils doivent respecter l'ordre établi dans le lieu où ils se trouvent, même passagèrement. N'y a-t-il pas dès lors contradiction à vouloir qu'ils cessent d'en

(1) M. Fœlix, *Droit internat.*, n. 148 et suiv., et *Revue étrang. de législ.*, t. V, p. 189, article de M. Roger.

(2) Voy. M. Fœlix, *loc. cit.*

(3) Liv. II, ch. VIII, § 103.

(4) Voy. Martens, *Droit des gens*, § 92 et 93.

être justiciables à raison des engagements qu'ils ont pris en France, vis-à-vis d'un autre étranger, comme si, en manquant à des engagements pris sous l'autorité des lois françaises, ils ne troublaient pas l'ordre moral, tout en s'exposant à troubler l'ordre matériel !

On s'est beaucoup préoccupé de cette considération que les tribunaux français, s'ils étaient compétents pour juger les contestations entre étrangers, seraient tenus de juger selon les lois étrangères, dont ils ne sont pas les interprètes naturels, et d'apprécier des faits et des actes accomplis hors de leur juridiction, sous l'empire d'autres coutumes ou d'autres mœurs. Mais l'objection porte à faux, parce qu'il ne s'agit pas ici d'attribuer aux tribunaux français la connaissance des actes passés en pays étranger entre étrangers, mais seulement des actes passés en France, et qui, d'après les règles que nous avons déjà exposées, provoquent habituellement l'application des lois françaises. D'un autre côté, en supposant, ce qui peut, on doit le reconnaître, arriver en certains cas, que la contestation dût être jugée d'après l'application des lois étrangères, cette circonstance accidentelle et purement relative au fond, ne serait pas de nature à exercer une influence décisive sur la compétence. Ce n'est pas la loi applicable qui détermine la juridiction du juge, pas plus que cette juridiction n'est déterminée par l'absence même de toute loi. C'est une maxime de notre droit que le juge qui refuse de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, se rend coupable de déni de justice (1). La nécessité de consulter une loi étrangère à défaut de loi française qui s'empare de la contestation, n'est donc pas une raison suffisante pour autoriser le juge à reculer devant l'accomplissement de sa charge. Les tribunaux ne sont-ils pas d'ailleurs tenus de juger d'après les lois étrangères, soit des contestations entre Français et étrangers, soit même, en certains cas, des contestations entre Français; et qui a jamais songé à voir dans cette nécessité une cause d'incompétence ?

La règle *Actor sequitur forum rei*, à laquelle on se rattache,

(1) Cod. Civ., art. 4.

et par laquelle on veut faire dominer les rapports internationaux, est ici sans aucune application possible. Cette règle n'a chez nous force légale que parce que l'art. 59 du Code de procédure l'a traduite en loi : « En matière personnelle, le défendeur sera assigné devant le tribunal de son domicile ; s'il n'a pas de domicile devant le tribunal de sa résidence. » Mais n'est-il pas évident que cette disposition de notre droit intérieur et privé, purement relative à la compétence locale, ne peut recevoir d'application dans les cas régis par le droit général des nations, et où la compétence, au lieu d'être déterminée par un domicile ou une résidence qui n'ont aucun rapport avec la juridiction territoriale des tribunaux, résulte des principes généraux du droit des gens ? Or, tel est le principe qui veut qu'une conséquence nécessaire du droit reconnu aux étrangers de contracter en France, soit le droit de poursuivre devant les tribunaux français l'exécution des engagements pris en France à leur profit. Le droit des gens qui les habilite à contracter, les habilite également à ester en justice (1).

658. La condamnation du système que je combats ici se trouve précisément dans la jurisprudence qui s'est introduite relativement aux affaires commerciales, et qui étend exceptionnellement la compétence des tribunaux français aux contestations de cette nature qui s'élèvent entre étrangers non domiciliés, « attendu, disent les arrêts, qu'il s'agit d'actes de commerce, conséquemment de contrats du droit des gens, soumis dans leur exécution aux lois et aux tribunaux du pays où ils ont eu lieu (2). » Or, je le demande, en quoi les actes de commerce sont-ils plus des contrats du droit des gens que les actes purement civils? Comment se fait-il qu'un contrat commutatif, tel qu'une vente, soit du droit des gens, s'il a un but commercial, et du droit civil s'il n'est pas commercial? C'est ce qu'il me semble assez difficile d'expliquer. Sans

(1) Voy. M. Legat, *Code des étrangers*, p. 305 ; M. Fœlix, *Droit internat.*, p. 187 et suiv. ; M. V. Foucher, sur Carré ; M. Roger, *Revue étrang de législ.*, t. V, p. 180 ; M. Soloman, *Cond. jurid. des étrangers*, p. 94 ; M. Demangeat, *Cond. civ. des étrangers*, p. 389.

(2) Cass., 24 avril 1827, S., 8, 1, 579.

doute, le commerce est du droit des gens (1); mais pourquoi? Parce que chacun des contrats dont il se compose, pris séparément, est du droit des gens. Ce n'est donc pas le commerce qui fait que les contrats à l'aide desquels il a lieu sont du droit des gens; ce sont, au contraire, ces contrats qui font que le commerce est du droit des gens, et qui l'appellent à participer à leur nature. On ne comprend donc pas comment il se fait qu'on ait attribué par privilége aux actes de commerce la qualification de contrats du droit des gens, tandis qu'on la refusait aux mêmes contrats considérés relativement à leur emploi dans des opérations non commerciales. Ou plutôt on comprend très-bien comment les tribunaux, trop éclairés pour ne pas voir que le commerce étranger ne pourrait pas subsister dans l'État, si on refusait aux commerçants étrangers le droit de s'y actionner réciproquement, et qui pouvaient se considérer comme liés par leur jurisprudence antérieure sur la compétence des tribunaux français entre étrangers, ont mieux aimé faire un mauvais raisonnement que de rendre de mauvais arrêts. Rien de mieux sans doute que de considérer les contrats commerciaux comme appartenant au droit des gens; mais rien de moins logique, quand on refuse le même caractère aux mêmes contrats employés dans un but purement civil. On voit donc que la jurisprudence exceptionnelle admise relativement aux contestations commerciales, tout en condamnant la jurisprudence admise relativement aux contestations ordinaires, repose sur une base complétement illogique qui lui manquera le jour où les tribunaux voudront tirer toutes les conséquences du principe qui suivant eux refuse aux étrangers le droit de recourir en matière civile aux tribunaux français.

Il est vrai que la jurisprudence spéciale aux matières commerciales se fonde aussi sur un autre motif, pris de ce que l'article 420 du Code de procédure, en disposant qu'en pareille matière, le défendeur pourra être assigné, aussi bien devant le tribunal du lieu où la promesse a été faite et la marchandise livrée, ou du lieu où le payement doit s'effectuer, que devant le

(1) Voy. *sup.*, n. 536.

tribunal du lieu de son domicile, aurait introduit, dans les règles ordinaires de la compétence, une exception applicable aux contestations entre étrangers, comme aux contestations dans lesquelles des Français sont intéressés. Mais, en y regardant de près, on voit que cet article ne peut être d'aucun secours aux étrangers. Le Code de procédure est une loi particulière aux nationaux ou à ceux qui leur sont assimilés, destinée à régir les contestations que leur nature ou un texte spécial attribue aux tribunaux français, à déterminer la compétence respective des différents tribunaux dont le ressort se partage le territoire, mais nullement à établir des règles de compétence internationale. Que dans un cas où la compétence des tribunaux français entre étrangers est reconnue, l'article 420 soit applicable aux étrangers comme aux nationaux, pour déterminer devant quel tribunal français la demande doit être portée, on le conçoit. Mais que dans un cas où la compétence des tribunaux français est méconnue, on argumente de cet article pour établir cette compétence, c'est ce qui ne se conçoit plus. Cet article ne traçant qu'une règle de compétence particulière et locale, qui suppose reconnue la compétence générale des tribunaux entre lesquels il distribue les contestations dont ils doivent connaître, ne peut être invoqué pour établir cette compétence générale. En d'autres termes, c'est cette compétence générale qui est la condition de l'application de la compétence particulière réglée par l'article 420. Aussi est-ce avec beaucoup de raison que la Cour de cassation a jugé, le 6 février 1822, que cet article ne peut être invoqué par un étranger demandeur contre un autre étranger, par ce motif exprimé dans les qualités de son arrêt, que « la Cour, après en avoir mûrement délibéré, et avoir examiné la question sous toutes ses faces, est demeurée convaincue que l'article 420 du Code de procédure ne pouvait régir les étrangers qui avaient contracté entre eux; que cet article n'était fait que pour les nationaux ; et qu'aucune exception au principe que les lois n'ont d'empire que sur les régnicoles, ne se trouvait à cet égard, ni dans les articles 3 et 14 du Code civil, ni dans aucune autre loi française (1). » La Cour

(1) S., 22, 1, 203. L'affaire s'y trouve rapportée avec tous ses détails.

de cassation a sans doute, suivant nous, commis une erreur en concluant de là que les tribunaux français étaient incompétents pour connaître des contestations entre étrangers; mais elle était dans le vrai en décidant que la compétence de ces tribunaux ne pouvait résulter de l'art. 420.

Ce qu'il y a de remarquable, c'est que, dans l'espèce de cet arrêt, il s'agissait d'une lettre de change souscrite en France, par un Anglais, au profit d'un Anglais, valeur fournie en France, payable, il est vrai, à l'étranger; mais qui pouvait constituer évidemment une opération commerciale, dans laquelle la promesse avait été faite et la chose livrée en France. J'avais donc raison de dire que, tant que la compétence des tribunaux français, relativement aux contestations commerciales entre étrangers non domiciliés, reposerait sur un principe exceptionnel, au lieu de reposer sur un principe général, elle n'aurait aucune base solide.

Et d'ailleurs, il ne faut pas perdre de vue que si l'on puise le principe de cette compétence dans l'article 420 du Code de procédure, cette compétence ne pourra exister que dans les limites de l'article 420, c'est-à-dire qu'il faudra, lorsque l'obligation qui donne lieu au procès sera payable en pays étranger, que la promesse ait été faite et la chose livrée en France, et qu'il ne suffira pas que la promesse seulement y ait été faite; ce qui, dans nombre de cas, fermerait l'accès des tribunaux français aux étrangers, même dans les circonstances les plus éminemment commerciales.

On peut en dire autant de l'argument puisé dans l'article 631 du Code de commerce, aux termes duquel *les tribunaux de commerce connaîtront* entre toutes personnes, *des contestations relatives aux actes de commerce;* car il est manifeste que ces mots, *toutes personnes*, ne se rapportent pas à la distinction qui existe entre les Français et les étrangers, mais qu'ils ont seulement pour objet d'effacer toute distinction, quant à la compétence des tribunaux de commerce sur les actes de commerce, entre les commerçants et les non-commerçants (1).

(1) Je rétracte l'assentiment que j'avais donné à l'opinion contraire dans le *Dictionnaire du contentieux commercial*, v° *Étranger*, n. 12.

659. En résumé, je crois avoir établi par les principes du droit des gens qu'aucune disposition formelle de la législation française ne contredit, que les tribunaux français sont compétents pour connaître de toutes les contestations qui s'élèvent entre étrangers non légalement domiciliés en France, et même qui ne s'y trouvent que passagèrement alors qu'il s'agit de l'exécution d'un contrat passé en France; qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre les contestations purement civiles et les contestations commerciales, puisque les contrats à l'occasion desquels naît la contestation, sont, dans un cas comme dans l'autre, des contrats du droit des gens; et qu'il faut s'en tenir à ces principes pour trouver le fondement de la compétence commerciale, aussi bien que de la compétence civile, parce que les considérations exceptionnelles qu'on appellerait au secours de la compétence commerciale pourraient facilement être tournées contre cette compétence même, et deviendraient des armes à deux tranchants, moins propres à défendre qu'à blesser celui qui en ferait usage.

660. Il faut au surplus reconnaître que ces principes d'abord contestés ne le sont plus aujourd'hui d'une manière aussi absolue; des arrêts récents, obéissant à l'influence d'idées plus justes et plus humaines, ont admis la compétence des tribunaux français pour connaître des demandes formées par des étrangers contre des étrangers qui, ayant en France une résidence ou un domicile de fait, n'auraient conservé aucun domicile en pays étranger (1), ainsi que des contestations relatives à des établissements de bienfaisance étrangers existant en France (2).

661. Dans tous les cas, en admettant qu'il fallût encore davantage, et que la compétence des tribunaux français ne pût s'exercer que sur des étrangers autorisés à établir leur domicile en France et y jouissant des droits civils, je pense qu'il suffirait que cette autorisation eût été accordée à l'une des parties. Le demandeur étranger autorisé à résider en France

(1) Caen, 5 juin 1846, S., 47, 2, 456. D., 46, 2, 169; Cass. 8 avril 1851, S., 51, 1, 335. — V. aussi Pau, 3 déc. 1836, S., 37, 2, 363.

(2) Douai, 22 juill. 1852, S., 53, 2, 223.

et qui par conséquent y jouirait des droits civils, trouverait dans cette jouissance le droit de citer devant les tribunaux français l'étranger avec lequel il aurait contracté en France, et qui aurait en France une résidence ou un domicile de fait, puisque, d'une part, le demandeur aurait le droit d'agir devant les tribunaux français, et que, d'autre part, le défendeur ne pourrait décliner la compétence du juge de sa résidence (1).

Quant au défendeur étranger autorisé à établir son domicile en France, il ne pourrait, même assigné par un étranger qui ne serait pas pourvu de la même autorisation, décliner la compétence des juges de ce domicile, dont il doit supporter les charges s'il veut en avoir les bénéfices (2). Il serait même indifférent que l'autorisation fût postérieure à l'engagement qui ferait l'objet du procès, parce que la compétence se détermine par le domicile du jour de la demande et non par le domicile du jour du contrat (3).

662. On devrait d'ailleurs assimiler aux étrangers autorisés à établir leur domicile en France, ceux qui pourraient prétendre à l'exercice des droits civils aux termes des traités diplomatiques faits entre la France et la nation à laquelle ils appartiennent (4).

663. Toujours dans la même hypothèse de l'incompétence originelle des tribunaux français, cette incompétence cesserait si, en contractant, les étrangers s'étaient soumis à la juridiction française, en faisant élection de domicile en France pour l'exécution de l'engagement : ils ne pourraient plus, en déclinant la compétence des tribunaux français, recourir à une compétence qu'ils auraient d'avance acceptée.

664. Mais en serait-il de même si les parties avaient seu-

(1) C. pr., art. 59.

(2) Metz, 17 janv. 1839, S., 39, 2, 474 ; D., 39, 2, 139 ; Rouen, 27 avril, 1847, S., 47, 2, 444 ; D., 67, 2, 170, Cass. 23 juill. 1855, S., 56, 1, 148.

(3) Mêmes arrêts. — Voy. Cependant Paris 23 juillet 1870, D., 71, 2, 24.

(4) V. l'art. 7 du traité du 11 janv. 1787 entre la France et la Russie, et l'art. 3, § 3, du traité du 18 juill. 1828, entre la France et la Suisse.—L'art. 8 du traité d'Utrecht, du 11 avril 1713, ne place pas à cet égard les Anglais dans une position particulière. Cass. 27 janvier 1857, S., 57, 1, 161.

lement stipulé que l'obligation serait payable en France ? Il faut distinguer : si la matière était commerciale, cette stipulation emporterait élection de domicile dans le lieu du payement, ce qui suffirait, dans tous les systèmes, pour rendre l'étranger justiciable des tribunaux français (1). Mais, en matière civile, cette stipulation ou indication d'un lieu pour le payement ne serait attributive de juridiction aux tribunaux français que dans le système qui me paraît le seul fondé, et qui considère les tribunaux français comme compétents pour connaître de l'exécution de tous les contrats du droit des gens, passés entre étrangers, en France, l'indication d'un lieu pour le payement ayant pour effet de faire considérer le contrat comme fait dans le lieu même où il doit être exécuté : « *Contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur, in quo ut solveret se obligavit* (2). » — Sur quoi Colerus (3) dit, avec beaucoup de raison : « *Qui solutionem pecuniæ destinat ad certum locum, is expressè se obligat, quod ibi velit exigi. Forum destinatæ solutionis causatur ab expresso consensu partium : quæ omnia procedunt quantùm ad competentiam fori in quo reus pro faciendâ solutione pulsari, vel exigi valeat.* » Scaccia est aussi formel : « *Debitor tenetur non solum solvere in loco destinatæ solutionis, sed potest etiam ibi conveneri, quamvis in eo loco uterque sit forensis; quia et si forus ille neque ratione originis, neque ratione domicilii sit forus competens, tamen ratione destinatæ solutionis sortitur illum forum quia ubi quis celebrat contractum, ibi forum sortitur, et contractus fingitur celebratus ubi collata est solutio* (4). »

665. Les tribunaux français sont encore et incontestablement compétents pour connaître entre étrangers de l'action civile, qui a pour objet la réparation du dommage causé par un crime ou un délit. La compétence du juge territorial, relativement aux crimes et délits commis par les étrangers (5),

(1) C. proc., 420.

(2) L. 21 ff. *De act. et oblig.* — Voy. *sup.*, n. 564.

(3) *De process. execut.*, part. I, n. 77 et suiv.

(4) § 2, gloss. 5, n. 206. V. cependant Rouen, 23 avril 1855, S., 57, 2, 283.

(5) Voy. *sup.*, n. 521.

s'étend nécessairement sur les conséquences du crime ou du délit, et sur l'action civile ou privée qui est la conséquence de l'action publique à laquelle donne lieu le fait incriminé. Si l'action civile est portée devant les juges saisis de l'action publique, il ne peut y avoir aucun doute à ce sujet : l'action civile a été intentée accessoirement à l'action publique, et le tribunal saisi de la prévention du crime ou du délit est nécessairement compétent pour statuer sur les intérêts civils qui s'y rattachent (1). Il y a peut-être quelque difficulté si l'action civile est intentée séparément de l'action publique, parce qu'alors elle n'est plus l'accessoire de l'action publique, et qu'elle est portée devant d'autres juges. Mais je crois néanmoins que les tribunaux français sont encore compétents, parce que l'art. 3 du Code d'instruction criminelle, en permettant de poursuivre l'action civile, soit devant les juges saisis de l'action publique, soit séparément, ouvre une faculté dont il n'y a pas de raison pour priver l'étranger, qui autrement serait forcé de se rendre partie civile sur l'action publique, et de courir ainsi la chance de supporter tous les frais de la poursuite criminelle, sous peine d'être déchu de toute action en France (2).

666. Du reste, il est certain que les tribunaux français sont incompétents pour connaître de l'état des étrangers (3) et spécialement des demandes en séparation de corps entre époux étrangers (4), si ceux-ci ne sont pas autorisés à établir leur domicile en France (5), à moins que les époux n'y consentent, soit expressément, soit tacitement, en ne proposant pas

(1) Voy. Cass., 15 avril 1842; D., 42, 1196; M. Duranton, t. I, n. 153 M. Demolombe, t. I, n. 261.

(2) Voy. cependant M. Fœlix, *Droit internat.*, n. 165, et M. Demangeat, *ibid.*, note *a*.

(3) Cass. 10 mars 1858, S., 58, 1, 529.

(4) Cass. 27 janv. 1822, S., 7, 1, 161; et 30 juin 1823, S., 7, 1, 278; Paris, 23 avril 1823, S., 7, 2, 203; 24 août 1844, S., 44, 2, 563; Cass. 25 mai 1849, S., 49, 2, 478; Lyon, 25 mai 1857, S., 56, 2, 526. Paris, 23 juin 1859, S., 602, 261; Angers 20 févr. 1861, S., 61, 2, 410; Metz 26 juillet 1865, S., 65, 2, 237.

(5) Cass. 23 juill. 1853, S., 56, 1, 148. Voy. Cependant Alger, 23 juin 1866, S., 66, 2, 354.

l'exception d'incompétence *in limine litis* (1). En effet, lors même que le mariage aurait été contracté en France et que les époux y résideraient de fait, les juges du domicile de droit seraient seuls compétents pour connaître de leur état de famille, et du maintien du lien conjugal qui n'ont pas cessé d'être régis par le statut personnel.

667. Mais je crois que si des étrangers s'étaient mariés en France, il suffirait qu'ils y résidassent de fait pour que les tribunaux français fussent compétemment saisis par la femme d'une demande en séparation de biens. Comme il ne s'agirait alors de statuer ni sur l'état des époux, ni sur le maintien ou le relâchement du lien qui les unit, mais seulement sur leurs intérêts pécuniaires et sur l'effet d'un contrat passé en France, le domicile de fait serait attributif de compétence (2).

668. Dans tous les cas, au surplus, où les tribunaux français ne sont pas compétents pour connaître des contestations entre étrangers et juger le fond, ils peuvent du moins ordonner des mesures conservatoires, faute desquelles le droit des parties péricliterait.

Ainsi, il a été jugé par la cour d'appel d'Aix, le 6 janvier 1831 (3), que le juge français a la faculté d'autoriser au profit d'un étranger des mesures conservatoires, telles qu'une saisie-arrêt sur des marchandises envoyées en France par un autre étranger son débiteur. Mais la même cour a jugé le 13 juillet, même année (4), que le juge français est incompétent pour ordonner même par mesure conservatoire, au profit d'un étranger, la séquestration dans un port de France d'un navire appartenant à un autre étranger son débiteur, lorsqu'il s'agit d'une obligation contractée et devant être exécutée hors France. Il ne me semble pas que cette distinction doive être

(1) Metz, 10 juill. 1849, S., 50, 2, 277; Paris, 13 fév. 1856, S., 58, 1, 72, V. *inf.*, n. 671.

(2) Paris 30 mai 1826, S., 8, 2, 238; Trib. de la Seine, 29 juin 1872. Gaz. du 1er septembre. M. Coin Delisle, *Comment. analyt. du C. civ.*, sur les art. 14 et 15, n. 22. — Voy. en sens contraire Metz, 26 juill. 1865, S., 66, 2, 237.

(3) S., 33, 1, 43.

(4) *Ibid.*, 45.

suivie, dès qu'il ne s'agit que de mesures conservatoires qui ne préjugent pas le fond, et qui n'ont d'autre objet que de laisser les choses entières jusqu'à ce que le fond soit jugé par l'autorité compétente. Le juge français peut sans doute toujours refuser d'autoriser une mesure conservatoire qui lui paraît inutile ou mal fondée; et, sous ce rapport, il faut bien qu'il prenne connaissance du fond; mais ce n'est pas là le juger, puisque la mesure conservatoire a précisément pour but de maintenir les choses en l'état, dans l'intérêt de toutes les parties.

Il suit de là que lorsqu'une saisie-arrêt a eu lieu en France, pour sûreté d'une obligation dont les juges français ne peuvent connaître, ils sont incompétents pour prononcer une condamnation, valider la saisie comme conséquence de cette condamnation et statuer sur les droits respectifs du saisissant et du saisi (1); mais ils peuvent prononcer sur la validité de la saisie sous le rapport de la forme et des droits du tiers saisi; c'est-à-dire juger si les formes prescrites ont été observées, et si le saisi a un titre apparent contre le tiers saisi. Si ces formes n'ont pas été observées, si le saisi n'a pas de titre apparent, la saisie doit être annulée. Dans le cas contraire, elle est maintenue pour la conservation des droits de tous; et les sommes ou les valeurs saisies restent consignées ou séquestrées jusqu'à la décision des juges compétents sur le fond, décision pour laquelle les juges français peuvent impartir un délai (2). Je ne saurais donc admettre la décision de deux arrêts de la cour de Paris, des 6 août 1817 et 21 avril 1841 (3), qui jugent d'une manière absolue que les tribunaux français, incompétents pour prononcer sur le fond d'une contestation entre étrangers, sont pareillement incompétents pour prononcer sur la validité d'une saisie-arrêt pratiquée à l'occasion de cette contestation, sans distinguer entre la validité quant à la

(1) Cass., 30 nov. 1868, D., 69, 1, 194.

(2) Cass. 23 mars 1868, D., 68, 1, 369. Voy. aussi Roger, *De la saisie-arrêt*, n. 521; M. Fœlix, *Droit int.*, n. 162; M. Demangeat, p. 392, et Paris 19 janv. 1850, S., 50, 2, 462. — Voy. cependant les observations de M. Griolet, sur l'arrêt précité du 23 mars 1868, D., *loc. cit.*

(3) S., 5, 2, 317, et 42, 2, 537.

forme et la validité quant au fond. Tout acte d'exécution fait en France, provisoire ou définitif, étant l'œuvre de l'autorité publique, ne peut être jugé quant à la forme que par les tribunaux français, puisque les tribunaux étrangers n'ont aucune juridiction sur les autorités françaises, soit pour leur prescrire d'agir, soit pour juger et maintenir leurs actes (1). Sans doute, quand un jugement étranger aura statué sur les droits du saisissant, la saisie sortira effet si ces droits ont été reconnus, ou deviendra comme non avenue s'il est jugé que le saisissant n'a aucun droit; et alors le jugement étranger aura un effet plus ou moins indirect sur l'acte conservatoire fait en France. Mais c'est là une conséquence nécessaire de l'incompétence des tribunaux français sur le fond; et c'est exagérer les suites de cette incompétence que de leur interdire de connaître de la validité de la saisie quant à la forme, comme ce serait exagérer les suites de leur compétence quant à la forme que de les autoriser à juger le fond.

Il suit de là que si la saisie-arrêt avait lieu en France en vertu de jugements rendus en pays étranger, ou d'actes exécutoires en France, les tribunaux français seraient compétents pour statuer sur la validité de la saisie, qui ne serait que l'exécution d'un acte à la force duquel les tribunaux étrangers n'auraient rien à ajouter, et dont il appartient aux tribunaux français d'assurer l'exécution (2).

669. Enfin, bien que les tribunaux français ne soient pas compétents pour statuer sur les demandes en séparation de corps entre époux étrangers non légalement domiciliés en France, ils pourraient cependant ordonner les mesures conservatoires nécessaires à la sûreté de l'une des parties et pour lui assurer des moyens d'existence (3).

670. Il me reste à examiner, pour en finir avec cette matière si épineuse, la question de savoir jusqu'à quel point le

(1) Voy. *inf.*, sect. v.

(2) Voy. *inf.*, sect. v ; Paris, 5 août 1832, S., 33, 2, 20.

(3) Cass., 27 nov. 1822 ; S., 4, 161 ; Paris, 19 déc. 1835, *ibid.*, 34, 2, 384 ; Lyon 25 fév. 1857 ; S., 57, 2, 626. — Voy. aussi les arrêts cités *sup.*, n. 666.

consentement des plaideurs étrangers peut couvrir l'incompétence des tribunaux français.

Il faut d'abord remarquer que les juges, quand ils sont saisis d'une contestation entre deux étrangers, qui excède les bornes de leur conpétence, ne sont pas tenus de se déclarer incompétents. L'incompétence n'est pas matérielle, comme nous le verrons bientôt, quand la nature de la contestation n'excède pas les bornes du pouvoir judiciaire. Ils peuvent donc, si le déclinatoire n'est pas proposé, retenir la cause, ou s'en dessaisir selon qu'ils le jugent convenable. Quand ils se dessaisissent, les parties avisent à se pourvoir devant un juge compétent; quand ils retiennent l'affaire et qu'aucun déclinatoire n'est proposé, ils jugent. Mais quelles sont alors la force et l'autorité de leur jugement?

Boullenois émet sur ce point une opinion fort singulière. Il suppose deux étrangers qui ont procédé devant un juge français notoirement incompétent, et qui a prononcé sur la contestation, sans que son incompétence ait été proposée. « Voilà, dit-il, un jugement contradictoirement rendu entre des parties qui se sont volontairement soumises à cette juridiction. La contestation a été discutée et débattue, et c'est le cas de la loi 1re ff. *De judiciis : Si se subjiciant alieni jurisdictioni et consentiant, in consentientes cujusvis judicis qui tribunali præest, aut aliam jurisdictionem habet, jurisdictio est.* Cependant, ajoute-t-il, quoique cela soit vrai, même parmi nous, entre Français qui n'ont pas été revendiqués par la partie publique, avant le jugement, je ne croirais pas que cela dût être exécuté à la lettre entre étrangers, et je ne voudrais pas donner à ce jugement plus d'autorité qu'à une sentence arbitrale, à qui on donne du moins une exécution provisoire. Je ne donnerai donc pas à ce jugement une exécution définitive, parce que je ne saurais le regarder que comme un jugement arbitral auquel il me paraît que, pour le respect de la chose jugée, *partibus auditis et consentientibus*, il faut du moins donner l'exécution provisoire, dans quelque juridiction que ce soit, parce que le droit des gens veut que des engagements personnels, discutés et jugés du consentement des parties, soient exécu-

tés du moins provisionnellement. » Et à l'appui de cette opinion, Boullenois cite un plaidoyer de M. Talon, rapporté par Bardet (t. II, liv. I, ch. XLII), qui prouve beaucoup plus qu'il ne le faudrait pour la thèse de notre auteur, car il y est dit que, si deux étrangers ont contracté ensemble, et que pour raison de leur contrat ils plaident en ce royaume, on leur rend justice tout ainsi que s'ils étaient sujets du roi, et soumis à la juridiction des officiers : *Quod justum est, judicate, sive civis sit ille, sive peregrinus.* (Deutér., ch. I, vers. 16.) Aussi Boullenois en conclut-il que ce qu'on peut donner de moins à la pensée de M. Talon est l'exécution provisoire, dans le cas où, sans avoir contracté ni promis de payer dans le lieu, les étrangers ont volontairement subi la juridiction française. « Je puis, dit-il encore, pour ce parti, tirer un argument de l'arrêt du 10 novembre 1678, rapporté par Boniface (t. III, liv. I, ch. V), et qui me paraît donner encore quelque chose de plus. Je me renferme néanmoins dans l'exécution provisoire sans accorder d'exécution définitive, parce que, si l'équité et le bien du commerce autorisent dans ce cas une condamnation provisionnelle, il faut rentrer dans les principes du droit commun quant à la condamnation définitive (1). » Il est assez difficile de savoir ce que Boullenois entend ici par une exécution provisoire. S'agit-il d'une exécution à la charge de donner caution, pour le cas où la sentence du juge français serait réformée par un juge compétent ? Et quel serait dans ce système le juge compétent ? S'agit-il d'une exécution qui ne pourrait consister qu'en mesures provisoires de leur nature, ou conservatoires ? Faut-il assimiler le jugement à une sentence arbitrale qui ne pourrait être exécutée qu'après avoir été rendue exécutoire par un juge compétent ? Faut-il dire, au contraire, que le jugement peut être exécuté, mais que l'exécution n'empêche par la partie condamnée de se pourvoir devant ses juges naturels pour y obtenir une autre décision qui remette les choses dans le même état qu'avant l'exécution ? Tous ces expédients semblent impraticables. Un jugement rendu par un juge incompétent n'en est pas moins un juge-

(1) T. I, p. 608.

ment, et il doit sortir effet lorsque, non attaqué en temps utile devant un juge supérieur, il a acquis l'autorité de la chose jugée. Dans la discussion qui eut lieu au conseil d'État, et qui a déjà été rapportée par extrait (1), on a vu que le consul Cambacérès et M. Defermon reconnaissaient que les étrangers peuvent consentir à plaider devant un tribunal français, et que ce consentement constitue un arbitrage qui doit avoir son effet : ce qui fait dire à M. Merlin (2), que les étrangers peuvent reconnaître volontairement les tribunaux français, qui alors prennent à leur égard le caractère d'arbitres. Mais de là il ne faut pas conclure que le conseil d'État et M. Merlin aient entendu dire que les juges ne seraient plus que des arbitres. Les juges dont, par un consentement tacite, on proroge la juridiction, et à l'arbitrage desquels on se soumet, conservent leur caractère public et leur autorité : c'est le tribunal qui devient arbitre, et non pas les hommes qui le composent. Le jugement qui intervient est dès lors exécutoire comme les jugements ordinaires, et on ne peut l'assimiler à une simple sentence arbitrale, qui n'a d'autorité qu'autant qu'elle a été rendue exécutoire par le juge.

Le sentiment de Boullenois ne doit donc pas être suivi; et il faut se rattacher de préférence aux autorités qu'il cite lui-même, et qui, ainsi qu'il est forcé de le reconnaître, accordaient au jugement rendu entre étrangers par un tribunal auquel ils s'étaient volontairement soumis, la même force qu'aux jugements ordinaires.

671. Mais il y a plus de difficulté sur le point de savoir à quelle époque le consentement des étrangers à être jugés par les tribunaux français devant lesquels ils procèdent, devient définitif, de telle sorte qu'ils ne puissent plus le révoquer; en d'autres termes, si l'incompétence des tribunaux français pour juger les étrangers constitue une exception qui puisse être proposée en tout état de cause, ou si elle doit être nécessairement proposée *in limine litis* et avant toute autre exception ou moyen de défense.

(1) Voy. *sup.*, n. 654.
(2) *Répert.*, v° *Étranger*, § 2.

Il faut d'abord distinguer entre le consentement résultant de l'acte même qui donne lieu à la contestation, et celui qui ne résulte que du fait d'avoir procédé devant un juge incompétent. Si le consentement résulte de l'acte même, il lie définitivement l'étranger qui, après l'avoir donné, ne peut plus le retirer et proposer une exception d'incompétence qui, a vrai dire, n'existe plus, parce que son consentement l'a fait disparaître. Telle est l'élection de domicile faite pour l'exécution d'un acte, dans le ressort d'un tribunal français. Cette élection de domicile est attributive de juridiction à ce tribunal, et l'étranger devient dès lors non recevable à proposer l'incompétence du juge qu'il s'est donné (1). Si au contraire le consentement ne résulte que du fait d'avoir procédé devant le juge français sans avoir opposé son incompétence, alors naît la question de savoir quand l'exception d'incompétence peut être proposée, et quand elle cesse d'être proposable.

Aux termes des art. 163 et 169 du Code de procédure, la partie qui a été appelée devant un tribunal autre que celui qui doit connaître de la contestation, peut demander son renvoi devant les juges compétents, et elle est tenue de former cette demande préalablement à toutes autres exceptions et défenses. Si néanmoins, ajoute l'art. 170, le tribunal était incompétent à raison de la matière, le renvoi pourrait être demandé en tout état de cause; et si le renvoi n'était pas demandé, le tribunal serait tenu de renvoyer d'office devant qui de droit. De quelle nature est l'incompétence des tribunaux français pour juger les contestations entre étrangers ? Est-ce une incompétence semblable à celle dont parle l'art. 169 du Code de procédure, c'est-à-dire une incompétence à raison de la personne, résultant de ce que la partie a été appelée devant un autre juge que celui qui à raison du domicile du défendeur, doit connaître de la contestation ? Est-ce au contraire l'incompétence à raison de la matière, dont s'occupe l'art. 170 ? Là-dessus, plusieurs systèmes ont été émis.

(1) Voy. *sup.*, n. 564.

Un arrêt de la Cour de cassation du 4 septembre 1811 (1) juge, dans une affaire où il s'agissait d'une question d'état entre étrangers, que l'incompétence est personnelle et non matérielle, et qu'en conséquence l'exception, qui n'avait été proposée ni en première instance ni en appel, n'avait pu être proposée pour la première fois devant la Cour de cassation.

Un autre arrêt du 27 novembre 1822 (2) décide de même que l'exception ne peut être proposée pour la première fois en Cassation, en se fondant sur ce que l'incompétence n'est pas matérielle, dès que la contestation en elle-même rentre dans les attributions du pouvoir judiciaire.

Il y a un troisième arrêt en ce sens du 15 avril 1861 (3).

Mais un arrêt du 30 juin 1823 (4), tout en jugeant que cette exception ne pouvait être proposée en Cassation pour la première fois, décide qu'elle aurait pu être proposée en appel, ce qui était reconnaître que l'incompétence n'était pas personnelle, puisque autrement elle eût dû être proposée *in limine litis*, avant toutes autres exceptions ou défenses.

Cependant la Cour de cassation a jugé, le 29 mai 1833 (5), que cette exception devait être proposée *in limine litis*, et qu'elle ne pouvait plus être reçue en appel, « attendu, porte cet arrêt, que les tribunaux français n'ont une compétence *positive* sur les contestations entre étrangers que dans le cas où la loi leur en attribue la connaissance ; que dans les autres cas, leur compétence, n'étant pas réglée par la loi, est *facultative*, en ce sens que les tribunaux ne sont valablement saisis du différend qu'autant qu'ils consentent à le juger, et que les parties en cause reconnaissent volontairement cette juridiction ; que si elles la déclinent et excipent, comme elles en ont le droit, de l'incompétence des tribunaux français à leur égard, il est certain en droit que cette incompétence, qui n'est établie qu'en faveur des étrangers, n'est pas absolue, mais seu-

(1) S., 3, 1, 402 ; D., 7, 591.
(2) S., 7, 1, 161.
(3) S., 61, 1, 721.
(4) S., 7, 1, 178 ; D., 6, 468.
(5) S., 33, 1, 522 ; D., 33, 1, 252.

lement *facultative*, et que par conséquent, d'après l'article 169, elle doit être proposée avant toute exception sur le fond. »

Il est à remarquer que les observations dont le conseiller-rapporteur a fait précéder cet arrêt, laissent aux juges la faculté d'admettre ou de rejeter l'exception non proposée *in limine litis*, ce qui est une conséquence nécessaire de la faculté reconnue aux juges de retenir la cause ou de la renvoyer d'office aux juges étrangers. Si les juges peuvent renvoyer d'office en tout état de cause, à plus forte raison peuvent-ils renvoyer sur la demande des parties; seulement dans ce système ils ne sont pas tenus de renvoyer, si le renvoi ne leur est pas demandé avant toutes autres exceptions ou défenses.

Enfin d'autres arrêts ont jugé de même que l'exception devait être proposée *in limine litis*, en la considérant comme une exception personnelle (1).

On voit, d'après ces arrêts, qu'il y a doute sur le point de savoir quel caractère doit être attribué à l'exception dont il s'agit, puisque les uns la considèrent comme personnelle; que les autres, permettant de la proposer en appel, jugent par cela même qu'elle n'est pas simplement personnelle; et qu'enfin un autre système, se fondant sur le caractère facultatif de l'incompétence dont il s'agit, autorise les juges à ne pas accueillir la demande en renvoi qui ne serait pas formée avant toutes autres exceptions et défenses.

Il est certain que cette exception n'est pas l'exception d'incompétence personnelle dont s'occupent les articles 168 et 169 du Code de procédure, et qui doit être nécessairement proposée dès le début de l'instance. Ces articles, en disant que l'incompétence doit être proposée *in limine litis*, ne parlent que de l'incompétence résultant de ce que les parties ne sont pas domiciliées dans le ressort du tribunal saisi de la demande, tandis que, dans le cas actuel, c'est la qualité des parties et non leur domicile qui rend les tribunaux incompétents. Cela est si vrai que, dans le cas d'incompétence personnelle, si

(1) Douai, 7 mai 1828, S., 9, 2, 77; D., 29, 2, 122; Metz, 10 juill. 1849, S., 50, 2, 275; Paris, 13 fév. 1850, S., 58, 2, 72; Paris, 8 juillet 1870, S., 71, 2, 11. Voy. en sens contraire, Paris, 8 avril 1865, S., 65, 2, 210.

elle n'est pas proposée par les parties, elle ne peut être prononcée d'office, tandis qu'il est reconnu que, lorsque deux étrangers se présentent devant les tribunaux français, les tribunaux peuvent toujours d'office refuser de juger la contestation. Et, d'autre part, il est également certain que cette incompétence n'est pas matérielle, puisqu'elle repose, non sur la nature de la contestation, qui, ainsi que le dit un des arrêts précités, rentre dans les attributions générales du pouvoir judiciaire, mais sur la qualité des parties. C'est donc une incompétence d'une espèce particulière; une incompétence qu'on peut appeler *facultative* avec la Cour de cassation, au système de laquelle je crois qu'il faut se rattacher. Car s'il n'est pas possible d'admettre que deux étrangers qui ont volontairement procédé devant un tribunal français et l'ont accepté pour juge, puissent en tout état de cause se soustraire à la juridiction à laquelle ils se sont soumis, et contraindre le tribunal à se déclarer incompétent, après lui avoir demandé un jugement, il faut reconnaître que les juges qui peuvent en tout état de cause se déclarer d'office incompétents, ont par la même raison la faculté d'accueillir le déclinatoire, quelle que soit l'époque à laquelle il leur est proposé. En d'autres termes, les juges ne sont tenus d'admettre le déclinatoire et de prononcer le renvoi, que lorsqu'il est proposé avant toutes exceptions et défenses; plus tard, ils ont un pouvoir discrétionnaire pour l'admettre ou le rejeter.

J'avoue néanmoins, tout en embrassant cette opinion, que la question est délicate, et que c'est faire une singulière position aux étrangers que de les laisser pendant toute la durée de l'instance sous le coup d'un renvoi qui peut être prononcé contre eux, sans qu'ils puissent le demander.

C'est encore là une preuve nouvelle des inconvénients que présente le système qui refuse en principe de reconnaître la juridiction des tribunaux français sur les contestations qui s'élèvent entre deux étrangers ; inconvénients qui disparaissent dans le système contraire. Tout se réunit donc pour démontrer que ce qu'il y a de mieux à faire, c'est de s'y rattacher et de donner aux étrangers la faculté de s'actionner

réciproquement devant les tribunaux français pour l'exécution de tous les contrats qu'ils ont faits ou qu'ils sont réputés avoir faits en France.

672. Remarquons néanmoins que, dans les cas où les tribunaux français sont compétents pour connaître des contestations entre étrangers, rien ne s'oppose à ce que les étrangers renoncent à cette juridiction en s'adressant aux tribunaux de leur nation. Ici s'appliquent les règles qui vont être bientôt développées (1), et desquelles il résulte que la demande portée devant les tribunaux étrangers ne peut plus être portée devant les tribunaux francais (2), si ce n'est pour faire déclarer exécutoires les jugements rendus par les tribunaux étrangers (3).

Article 2. — De la compétence des tribunaux français entre Français et étrangers.

SOMMAIRE. — 673. L'étranger peut citer devant les tribunaux de France le Français avec lequel il a contracté soit en France, soit en pays étranger. — 674. Cette faculté n'est pas subordonnée au principe de la réciprocité. — 674 *bis*. Elle appartient aux gouvernements étrangers. — 675. L'étranger peut citer non-seulement le Français d'origine, mais encore l'étranger naturalisé français. — 676. Il n'y a à cet égard aucune distinction à faire entre les matières civiles et les matières commerciales. — 677. Du droit des Français de citer des étrangers devant les tribunaux français. — 678. Du droit de citer les étrangers en France pour les obligations contractées en France. — 679. Anciennement ce droit n'avait lieu qu'en matière commerciale. Aujourd'hui il a lieu même en matière civile. Article 14 du Code civ. — 680. Du droit de citer les étrangers en France pour obligations contractées en pays étranger. Autre disposition de l'art. 14 du Code civ. — 681. Il n'est pas nécessaire que l'étranger soit trouvé en France. — 682. L'art. 14 peut être invoqué par l'étranger naturalisé français. — 682 *bis*. Pourvu toutefois que l'obligation soit postérieure à la naturalisation. — 682 *ter*. Distinction entre le principe et la naissance de l'obligation. — 682 *quater*. Quid du Français qui, après être devenu étranger, redevient français? — 683. Il ne peut être invoqué par l'étranger admis à jouir des droits civils. — 684. L'art. 14 est applicable aux obligations antérieures au Code civ. — 685. Il ne peut être invoqué par celui qui a perdu la qualité de Français; mais il peut l'être par le Français établi en pays étranger avec esprit de retour. — 685 *bis*. L'art. 14 s'applique aux personnes morales et par conséquent aux sociétés étrangères. — 685 *ter*. Il ne s'applique pas aux personnes protégées par l'exterritorialité

(1) Voy. *inf.*, art. 2.
(2) M. Fœlix, *Droit internat.*, t. I, n. 184.
(3) Voy. *inf.*, sect. V.

diplomatique. — 685 *quater*. S'applique-t-il aux gouvernements étrangers? — 686. L'art. 14 s'applique aux engagements qui se forment sans convention ; quasi-contrats ; quasi-délits ; succession. — 687. L'art. 14 est applicable même au cas où il y a attribution à un juge étranger. — 687 *bis*. Spécialement en cas de faillite. — 687 *ter*. *Quid* en matière de société. — 688. *Quid*, du cas où l'étranger n'est obligé qu'indirectement envers le Français, par l'effet d'une cession ? Distinction entre les obligations civiles et les obligations commerciales transmissibles par voie d'ordre. — 689. Du cas où l'étranger débiteur cédé d'une obligation civile est trouvé en France. — 690. Assurances pour compte. — 691. De la renonciation du Francais au bénéfice de l'art. 14 quant aux obligations contractées hors de France par un étranger. — 692. Cette renonciation résulte-t-elle de l'assignation donnée devant un tribunal étranger? — 393. Les tribunaux français deviennent-ils incompétents si l'instance a été introduite devant le tribunal étranger? — 694. Toutefois le Français qui a cité devant un tribunal étranger son débiteur étranger, peut en certaines circonstances ne pas renoncer par là à le citer devant un tribunal français. — 695. *Quid*, du cas où le Français, au lieu d'être demandeur, procède comme défendeur devant un tribunal étranger? — 696. De la renonciation du Français à la compétence des tribunaux français relativement aux obligations souscrites en France par un étranger. — 697. Modifications que les traités diplomatiques peuvent apporter aux règles qui précèdent. — 698. Des demandes incidentes ou en garantie. — 699. Questions d'État. — 700. Lettres de change ; endossement. — 701. Ordre entre créanciers. — 702. Transition au paragraphe suivant.

673. Nous venons de voir comment les étrangers peuvent s'actionner réciproquement en France; les limites dans lesquelles la jurisprudence a trop souvent renfermé ce droit, et l'extension qu'il devrait rationnellemment recevoir. Les mêmes restrictions ne sont pas apportées au droit des étrangers de citer devant les tribunaux français les Français avec lesquels ils ont contracté. Le Français cité devant son juge naturel par l'étranger avec lequel il a contracté, serait sans prétexte pour en décliner la compétence.

Peu importe même que l'obligation qui donne lieu à la contestation ait été contractée en France ou en pays étranger. L'étranger est dans tous les cas reçu à en pousuivre l'exécution devant les tribunaux français. « Un Français, dit l'article 15 du Code civil, pourra être traduit devant un tribunal de France, pour des obligations par lui contractées en pays étranger, même avec un étranger. » Cette disposition, qui n'est que la juste application de la maxime *Actor sequitur forum rei*, se

fonde d'ailleurs sur cette considération que le jugement rendu en pays étranger, ne pouvant être exécuté en France qu'après avoir été déclaré exécutoire par un tribunal français, ainsi que nous le verrons bientôt (1), l'étranger auquel on refuserait le droit de traduire le Français, en France, serait exposé à un circuit d'actions qu'il était juste de lui éviter (2).

674. La disposition de l'article 15 du Code civil est absolue, et n'est pas subordonnée au principe de la réciprocité. Ainsi un étranger peut traduire un Français devant un tribunal français, alors même que le Français ne pourrait pas traduire cet étranger devant un tribunal de sa nation (3). Au surplus, la réciprocité, bien que non stipulée, existe de fait ou de droit dans la plupart des États, dont la législation n'a jamais contesté le droit des étrangers de citer les nationaux devant les tribunaux du pays, ou même l'a consacré par une disposition expresse. Les peuples qui ont pris notre Code pour modèle se placent dans cette dernière catégorie.

674 *bis*. Les gouvernements étrangers peuvent-ils, comme les particuliers, actionner les Français devant les tribunaux français à raison des engagements que ceux-ci ont contractés envers eux? Je le crois, mais comme la question se rattache à celle de savoir si les gouvernements étrangers peuvent eux-mêmes être actionnés devant les tribunaux français par les Français avec qui ils ont contracté, je les examinerai l'une et l'autre en leur lieu (4), tout en faisant remarquer, dès à présent, que la jurisprudence, s'éloignant du principe de la réciprocité, tend à accorder action aux gouvernements étrangers, tout en refusant aux Français une action contre eux (5).

675. L'article 15 du Code civil, en autorisant l'étranger à citer le Français devant un tribunal de France pour les obligations par lui contractées en pays étranger, s'applique non-seulement au Français d'origine, mais encore à l'étranger na-

(1) Voy. *inf.*, sect. V.
(2) M. Delvincourt, t. I, note 8 de la page 15.
(3) M. Fœlix, *Droit internat.*, n. 130.
(4) V. inf., n. 685 *quater*.
(5) V. Paris, 13 avril 1867, D., 67, 2, 49.

turalisé français depuis l'obligation qui donne lieu au procès. La naturalisation rend l'étranger justiciable des tribunaux français; et il n'y a pas lieu de distinguer entre les obligations antérieures ou postérieures à la naturalisation, parce que le nouvel état qui en résulte est indivisible, et qu'en donnant au naturalisé un domicile en France, il le soumet à la juridiction française pour toutes les actions personnelles dont la compétence appartient au juge de ce domicile (1).

676. Le droit qui appartient à l'étranger de traduire le Français devant les tribunaux de France pour obligations contractées, soit en France, soit à l'étranger, a lieu aussi bien lorsqu'il s'agit de matières civiles, que lorsqu'il s'agit de matières commerciales. Il n'y a aucune distinction à faire sur ce point.

677. Ce droit placerait l'étranger dans une position en quelque sorte privilégiée, si le Français qui peut être traduit en France par l'étranger, même pour obligations contractées, hors de France, ne pouvait pas à son tour traduire l'étranger devant les tribunaux français. Il y a cependant à remarquer que l'étranger, en citant le Français devant les juges de France, ne fait que se conformer à la règle qui, en matière personnelle, soumet le défendeur au juge de son domicile, qui est son juge naturel, tandis que, pour citer l'étranger devant un juge français, à l'occasion des engagements qu'il a contractés envers un Français, soit en France, soit en pays étranger, il faut en quelque sorte le soustraire à son juge naturel.

678. Mais la règle *Actor sequitur forum rei*, qui attribue compétence, en matière personnelle, au juge du domicile du défendeur, comme toutes les règles générales, souffre des exceptions. Ces exceptions sont surtout relatives aux contestations qui naissent d'obligations contractées ou exécutables hors du domicile de celui qui s'est obligé. Le droit romain présentait, sur ce point, un système assez complet. Celui qui avait fait, dans un lieu où il n'avait pas son domicile, des affaires d'où résultait pour lui une obligation, *undè obligatio oritur*, deve-

(1) Cass., 27 mars 1833, S., 33, 1, 292; et 16 janv. 1867, D., 67, 1, 308.

nait justiciable des juges de ce lieu (1) ; il en était de même de celui qui avait vendu, déposé, ou acheté des marchandises dans un lieu, à moins qu'il n'y eût convention contraire (2). Quant au marchand forain qui, de passage dans un lieu, avait fait un marché avec quelqu'un sachant que ce marchand allait bientôt repartir, il restait soumis au juge de son domicile, à la différence du cas où, bien que non domicilié dans le lieu du contrat, il y avait un établissement. « *Nam ubi sic venit ut confestim discedat, quasi à viatore emptis, vel eo qui transvehebatur vel eo qui* παραπλεῖ, *emis : durissimum est quot locis quis navigant vel iter faciens delatus est se tot locis defendi. At si quò consistit, non dico jure domicilii, sed tabernaculum, pergulam, horreum, armarium, officinam conduxit, ibique distraxit, egit : defendere se eo loco debebit* (3). » Le marchand des provinces, *homo provincialis*, qui avait à Rome un commis chargé de vendre ses marchandises, devait être jugé à Rome, parce que les contrats faits avec le commis étaient réputés faits avec le maître (4). Enfin, celui qui, en contractant dans un lieu où il était domicilié, promettait de payer dans un autre, pouvait être assigné devant le juge de l'un ou de l'autre lieu (5).

Comme on le voit, cette législation admettait la compétence des juges du contrat et de celui du paiement; mais cependant, peu soucieuse de certaines nécessités commerciales qui peut-être ne s'étaient pas fait sentir, elle laissait le marchand qui contractait en voyageant sous la juridiction du juge de son domicile, à moins qu'il n'eût un établissement quelconque dans le lieu du contrat.

Un passage de Pierre de Fontaines, contemporain de saint Louis (6), démontre que les règles du droit romain avaient été adoptées par le droit coutumier de cette époque : « Si un hom d'aucune contrée a loué un sarjant marcheant pour vendre ses

(1) L. XIX, § 1, ff. *De judiciis.*
(2) *Ibid.*, § 2.
(3) *Ibid.*, § 2.
(4) L. XIX, § 3 ff. *De judiciis.* — Voy. *sup.*, n. 580 et suiv.
(5) *Ibid.*, § 4.
(6) *Conseil que Pierre de Fontaines donne à son ami*, publié par Ducange, ch. XXIX.

dariées, che que il fera deverait autretant valoir, comme se son sengnieur le faisait ; et pour che sed evra illecques défendre. Et l'on doit savoir puis k'il fu obligiés k'il payat en Lombardie che ki doit, se il a sa maison en une autre contrée, il est retrait en cause et en Lombardie et en la contrée ou la maison est. Et se il a vendu en un certain lieu marchandise où il la bailla warde, il se doit illuec défendre, se il ne fu mis en convenant que il s'en défendrait allieurs, se une en demandait riens. Ou s'aucun a acalé d'aucun marcheant, ou il vent, ki sait bien kil se partira du lieu maintenant, il ne convient pas ke les coses soient arrêtées illuec, ains sieve le lieu, taverne ou offechine, il est drois kil soit trais en cause, en cel même lieu, et ce est bien raisons. Car quand aucun vient en lieu pour partir s'en maintenant, celi ki acate de luy, acate aussi comme a trespassant, ou de celuy qui se fait porter de lieu en autre, ou de celuy qui est marcheant par mer. Car il serait trop dure cose se il convenist que cascuns se deffendit en tous les liex ou la nef arriverait, et ou il trespasserait. Mais s'il s'arrête en aucun lieu pour droiture avoir moison, je ne dis pas que on ne le puisse illuec suir ; mais s'il prent illuec tavernes ou greniers, ou autres offechines, et il vend les marchandises et fait ses besoignes ; il se devra illuecques défendre. »

Ces règles de compétence furent confirmées et étendues par l'édit de François Ier, de 1535, pour le conservateur des foires de Lyon ; et par la déclaration de Charles IX, du 28 avril 1565, qui permet de procéder devant les juges et consuls, des lieux « où la marchandise aurait été achetée ou vendue, ou promise livrer, ou payement destiné à faire » ; plus tard, par l'article 17 du titre XII de l'ordonnance du commerce de 1667, aux termes duquel, « dans les matières attribuées aux juges-consuls, le créancier pourra donner l'assignation à son choix, ou au lieu du domicile du débiteur, ou au lieu auquel la promesse a été faite et la marchandise fournie, ou au lieu auquel le payement doit être fait » ; et enfin par l'article 420 du Code de procédure qui reproduit la disposition de l'ordonnance.

On voit que ces différentes lois, en adoptant le principe du droit romain, en étendent l'application puisqu'il suffit, pour pouvoir être assigné dans un lieu, d'y avoir contracté, même en passant, et qu'il n'est pas nécessaire d'y avoir un établissement, *tabernaculum*, *pergulam*, etc. : ce qui était exigé par la loi 19 *De judiciis*, et observé en Italie, même du temps de Straccha (1), avec cette restriction néanmoins que le forain qui avait acheté sans payer, ou vendu sans livrer dans un lieu où il n'avait pas d'établissement, pouvait, quand il n'avait pas été fixé de terme pour le payement ou la livraison, être aussitôt assigné dans ce lieu, faute par lui de payer ou de livrer : « *Planè si quis ab advenâ Anconæ rem emit et pretium solvit vel Anconitanus quid ei vendiderit fide de re seu pretio non habitâ, posset Anconæ eum convenire ne occasio fugiendi detur cum re aliena; credidit enim venditor se confestim pretium recepturum vel emptor rem* (2). »

Il est à remarquer, au surplus, que les règles du droit romain, ou les lois qui s'y étaient conformées, étaient applicables, suivant les meilleurs interprètes, aussi bien aux étrangers qu'aux nationaux, en ce sens que les étrangers pouvaient être cités par les nationaux devant les juges du lieu où ils avaient contracté aussi bien que les nationaux eux-mêmes : « *Neque enim statutum aut consuetudo loci solos cives et homines suburbiorum veluti subditos statuentium comprehendit verum etiam forenses ac extraneos... Extranei namque venientes in alienum territorium, si quid negotii, ibidem gerant contrahendo, vel quasi, censentur ratione facti sui ibidem celebrati eodem jure quo populus territorii* (3). »

De ces principes, et des dispositions législatives anciennes et nouvelles qui les consacrent, il suit, qu'en matière commerciale, un étranger, bien que non domicilié ou résidant en France, pouvait dans l'ancien droit, comme aujourd'hui, y être traduit par un Français pour les obligations qu'il y a contractées.

(1) *Quomodo in causis merc. proced. sit*, p. 428, n. 20.
(2) *Ibid.*
(3) Colerus, *De processu executivo*, part. I, cap. III, n. 179.

679. Mais il en était autrement en matière civile. Boullenois atteste qu'on n'admettait pas pour règle ordinaire, soit entre nationaux, soit entre nationaux et étrangers, la faculté de choisir entre le juge du domicile, celui du contrat et celui du payement (1); Bacquet dit formellement qu'en France on ne suivait pas les lois romaines précitées, mais seulement la règle qui, en matière personnelle, n'attribue compétence qu'au juge du domicile (2); et Mornac, s'expliquant précisément sur la loi 19, *De judiciis*, cite un arrêt du Parlement de Paris, du 11 avril 1611, qui la déclare inapplicable, en infirmant un jugement contraire : « *Infirmata est sententia præfecti Parisiensis quâ sui fori dixerat esse quemdam Pictonem et ex eo quod obligatus ille esset solvere Lutetiæ, licet in Pictaviâ haberet domicilium* (3). »

Il en est encore ainsi entre Français : l'article 420 du Code de procédure n'a lieu qu'en matière commerciale. En matière civile et personnelle, le Français défendeur doit toujours être assigné devant le juge de son domicile réel ou élu (4); mais on suit la règle contraire, quant aux demandes formées par un Français contre un étranger, à raison des obligations que celui-ci a contractées en France envers un Français : elles peuvent être portées devant les tribunaux français, alors même que l'étranger défendeur ne réside pas en France. Telle est la disposition de l'article 14 du Code Civil, nouvelle dans notre droit, et qui fait encore exception à la règle générale *Actor sequitur forum rei*.

680. Cet article 14 contient une autre règle également nouvelle et qui donne une grande extension aux droits du Français demandeur, soit en matière civile, soit en matière commerciale, à l'égard de celui avec lequel il a contracté. Aux termes de cet article, non-seulement l'étranger, même non résidant en France, peut être cité devant les tribunaux français pour l'exécution des obligations par lui contractées

(1) T. I, p. 606.

(2) *Droits de justice*, ch. VIII, n. 9.

(3) Sur la loi 19 *De judiciis*.

(4) M. Carré, *Lois de la procéd.*, n. 1508; et M. Chauveau, sur Carré, *ibid.*

en France avec un Français, mais encore il peut être traduit devant les tribunaux de France pour les obligations par lui contractées, en pays étranger, envers des Français.

681. On a prétendu que cette dernière disposition ne s'appliquait qu'à l'étranger trouvé en France : ce qu'on faisait résulter d'un défaut de rédaction de l'article 14, dont la première partie, relative à l'étranger, même non résidant en France, qui a contracté en France avec un Français, permet de le *citer* devant les tribunaux français; et dont la seconde partie, relative à l'étranger qui a contracté avec un Français en pays étranger, permet de le *traduire* devant les tribunaux français. Or, disait-on, la seconde partie de l'article 14 ne permet pas de *citer* l'étranger, elle permet seulement de le *traduire;* et le mot traduire ne peut et ne doit s'entendre que de la personne même de l'étranger trouvé en France. Mais cette prétention a été repoussée avec raison, notamment par deux arrêts de la Cour de cassation des 7 septembre 1808 (1) et 1er juillet 1829 (2). L'opposition qui se trouve entre les mots *cité* et *traduit* n'est qu'apparente, et provient de ce que la première rédaction du Code civil faisait précisément la distinction qu'on voudrait voir dans la rédaction définitive. Pour les dettes contractées en France, elle permettait indéfiniment de citer l'étranger devant les tribunaux français, et « *s'il est trouvé en France*, ajoutait-elle, il peut être traduit devant les tribunaux de France, même pour les obligations contractées par lui en pays étranger envers les Français. » Mais ces mots, *s'il est trouvé en France*, ont été supprimés après une conférence entre le Conseil d'État et le Tribunat. Nul doute dès lors que l'article 14 n'ait été adopté dans un sens général, et que l'étranger qui a contracté hors de France une obligation envers un Français, ne puisse être cité ou traduit devant une juridiction française, quoiqu'il ne se trouve pas en France (3).

(1) S., 4, 1, 579.
(2) S., 9, 1, 321.
(3) M. Merlin, *Répert.*, v° *Étranger*, § 5 ; M. Locré, sur l'art. 14 du Code civil; M. Maleville, sur le même article.

682. L'article 14 du Code civil peut être invoqué, non-seulement par le Français d'origine, mais encore par l'étranger naturalisé français. La naturalisation donne à l'étranger tous les droits auxquels peut prétendre le Français d'origine. Il ne peut y avoir aucun doute à cet égard.

682 *bis*. Mais il y a doute, ou du moins divergence entre les opinions, sur le point de savoir si l'étranger naturalisé français peut se prévaloir de l'article 14 pour citer, devant les tribunaux français, un étranger avec lequel il a contracté en pays étranger, avant sa naturalisation. M. Fœlix (1) se prononce pour l'affirmative. Suivant cet auteur, d'une part, la naturalisation opère, dans la personne de l'étranger, un changement d'état; or c'est un principe reconnu que le changement d'état exerce ses effets immédiatement, dès le moment qu'il intervient; et, d'autre part, l'article 14 établit un privilége relatif à la forme de procéder, et il est de principe que les formes de procéder se règlent d'après la loi du temps où la demande est intentée : d'où il conclut qu'il suffit qu'à cette époque le demandeur ait le droit d'employer la forme dont il s'agit pour qu'elle doive être suivie. Cette opinion se fortifie d'un arrêt de la Cour de Trèves du 18 mai 1807 (2).

Cependant, je crois devoir préférer l'opinion contraire. Sans doute, le changement d'état qui s'opère dans la personne de l'étranger, par la naturalisation, produit immédiatement son effet sur la capacité de l'étranger, mais à la condition de ne pas nuire aux droits des tiers. L'étranger qui contracte avec un autre étranger, dans leur commune patrie, sait à quoi il s'engage, non-seulement quant au fond même de l'obligation, mais aussi quant à la juridiction devant laquelle il sera tenu de comparaître, ou qui pourra le condamner par défaut s'il ne comparaît pas. L'autre étranger ne peut donc, par son fait, modifier les bases du contrat, et, en se faisant naturaliser français, soustraire son cocontractant à ses juges naturels.

Peu importe que ce qui est relatif à la forme de procéder

(1) *Droit intern.*, n. 176.
(2) S., 2, 2, 243.

se règle par la loi du temps où la demande est formée : cela n'est vrai des formes de procédure proprement dites, ou de la compétence, que relativement aux changements qui ont été introduits par la loi elle-même. Les parties, alors, sont bien obligées de procéder devant les juges que cette loi leur donne. Mais le fait seul d'un des contractants ne peut pas plus changer, soit la forme de procéder, soit la juridiction compétente, qu'il ne peut changer le fond même de l'obligation. Le contrat est indivisible. Il est bien vrai que l'étranger naturalisé Français peut, comme le Français d'origine, être cité en France par l'étranger avec lequel il a contracté hors de France, avant sa naturalisation (1). Mais ce n'est pas une raison pour que l'étranger naturalisé Français puisse avoir, contre celui qui est resté étranger, le droit que ce dernier peut exercer contre lui. L'étranger qui se fait naturaliser Français est obligé de supporter personnellement toutes les conséquences de cette naturalisation, qui est de son fait; mais il n'est pas fondé à faire supporter les conséquences de ce fait par des tiers qui n'y ont pris aucune part. D'ailleurs l'article 14, en disposant que l'étranger pourra être traduit devant les tribunaux français pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français, suppose évidemment que le créancier est Français au moment où l'étranger devient son débiteur. C'est en ce sens que s'est prononcé un arrêt de la Cour de Paris du 5 juin 1829 (2).

A plus forte raison l'étranger, qui ne serait pas naturalisé au moment de l'action par lui intentée contre un autre étranger, et que ce défaut de qualité rendrait non recevable, ne pourrait-il corriger le vice de son action par une naturalisation obtenue depuis l'introduction de l'instance. C'est ce que la Cour de Rouen a jugé avec grande raison le 29 février 1840 (3).

682 *ter*. Mais si le bénéfice de l'article 14 ne peut être réclamé que par celui qui n'est devenu français que depuis la

(1) Voy. *sup.*, n. 660 et suiv.

(2) S., 9, 2, 280 ; D., 29, 2, 286. Paillet, *Dict.*, *Action concernant les étrangers*, n. 6.

(3) S., 40, 2, 267.

naissance de l'obligation, il faut en certain cas, pour déterminer le moment précis où naît une obligation, distinguer entre le fait qui lui sert de principe, et le fait qui la complète et lui donne en réalité l'existence. C'est l'accomplissement du second fait qui donne naissance à l'obligation; et il suffit par conséquent que celui au profit duquel l'obligation est créée soit français au moment où il s'accomplit pour qu'il puisse assigner son débiteur étranger devant les tribunaux français. C'est en ce sens qu'il a été jugé par la Cour de cassation, le 13 décembre 1865 (1) que le bénéfice de l'article 14 du Code civil peut être réclamé par l'enfant devenu français, d'un étranger, qui forme contre son père étranger une demande d'aliments, l'obligation du père de fournir des aliments à son enfant n'existant pas par le fait seul de la filiation, mais par le concours de ce fait et du besoin qu'a l'enfant de ces aliments.

682 *quater*. Quant au Français qui, après être devenu étranger, redevient français, peut-il assigner devant les tribunaux français un étranger qui a contracté envers lui pendant qu'il avait perdu la qualité de Français que depuis il a recouvrée? Je ne le pense pas. Le Français devenu étranger et qui redevient français, se trouve exactement dans la même situation, en ce qui touche l'étranger avec lequel il a contracté, que l'étranger qui se fait naturaliser français : il ne peut donc pas profiter contre lui d'un bénéfice qui n'est pas entré dans les prévisions des contractants. Et je ne crois pas qu'on puisse invoquer comme contraire à cette opinion un arrêt de la Cour de cassation du 9 mars 1863 (2), lors duquel se présentait la question de savoir si une Française devenue étrangère par son mariage avec un étranger, mais redevenue française par le décès de son mari, avait pu assigner devant les tribunaux français un étranger qui s'était obligé envers son mari au cours du mariage. Pour reconnaître la compétence des tribunaux français, la Cour de cassation ne s'est point fondée sur la qualité de Française de la femme demanderesse : elle a

(1) S., 66, 1, 157.
(2) S., 63, 1, 225.

même évité de s'expliquer sur ce point; mais elle s'est fondée sur ce qu'il s'agissait d'un contrat commercial passé en France, entre deux étrangers, et qui devait être exécuté en France ; d'où elle a justement conclu que la veuve qui représentait son mari étranger, soit comme commune en biens, soit comme donataire, et qui agissait d'ailleurs comme tutrice légale de ses enfants mineurs, étrangers ainsi que leur père, avait pu saisir de sa demande les tribunaux français (1).

683. Si l'étranger naturalisé français peut se prévaloir de l'article 14 contre les étrangers avec lesquels il a contracté hors France depuis sa naturalisation, il en est autrement de l'étranger qui a seulement été admis à la jouissance des droits civils. L'article 14 établit en faveur du Français un privilége exceptionnel en dehors des droits civils dont il jouit comme Français. L'étranger admis à jouir des droits civils, restant étranger, ne peut donc aspirer à l'exercice d'un privilége qui n'est pas un droit civil, mais une prérogative attachée à la qualité de Français, et incompatible dès lors avec la qualité d'étranger (2).

684. Au surplus, de ce que la naturalisation n'a pas d'effet rétroactif quant aux obligations antérieures, parce que c'est un fait isolé et personnel au naturalisé, il n'en faut pas conclure que les obligations antérieures à la loi qui confère aux Français le droit de citer les étrangers devant les tribunaux de France, ne puissent pas être atteintes par cette loi. La loi est indépendante du fait des parties, qui doivent se soumettre aux juges qu'elle leur impose, et qui peuvent choisir parmi ceux qu'elle leur permet de prendre : c'est alors qu'il est vrai de dire que la compétence et la manière de procéder se règlent par la loi en vigueur au moment où la demande est formée.

685. De tout ce qui précède, il suit que l'individu qui a

(1) V. *sup.*, n. 658.

(2) M. Fœlix, qui est d'un avis contraire (n. 170), cite à l'appui de son opinion un arrêt de la Cour de Douai, du 14 janvier 1843, qui ne se trouve pas dans les recueils généraux. — V. aussi M. Demangeat sur Fœlix, p. 340, note *a*.

perdu la qualité de Français ne peut plus se prévaloir de l'article 14 du Code civil pour citer devant les tribunaux de France l'étranger avec lequel il a contracté en pays étranger. Ce point ne peut faire aucune difficulté. Mais on s'est demandé si le Français établi ou domicilié en pays étranger pouvait également s'en prévaloir. L'affirmative ne me paraît pas douteuse ; et je n'aurais pas cru que cela pût faire question, si deux arrêts de la Cour de Paris, des 28 février 1814 (1) et 20 mars 1834 (2), n'avaient pas jugé la négative. On dirait vainement, avec M. Delvincourt, que l'étranger a pu et dû croire que le Français était fixé là où il avait son domicile, et qu'il n'a pas dû s'attendre à se voir poursuivi en France comme s'il sagissait d'un contrat passé avec un Français voyageur (3). On serait fondé à répondre, avec M. Duranton (4), que l'article 14 ne fait pas cette distinction, et qu'il ne devait pas la faire. Si le Français assigne l'étranger en France, c'est sans doute parce qu'il a plus de chance pour y obtenir une condamnation utile. Si le Français voyageur est exposé à contracter en pays étranger, celui qui y réside pour ses affaires y contracte nécessairement; de telle sorte que si on admettait le système de la Cour de Paris et de M. Delvincourt, l'article 14 serait inutile précisément à celui qui, dans l'intention du législateur, est présumé en avoir le plus grand besoin. On arriverait d'ailleurs à ce résultat singulier que l'étranger qui aurait contracté hors France avec le Français établi en pays étranger, pourrait, en venant se réfugier en France, se mettre à l'abri des atteintes de son créancier, qui ne pourrait le citer utilement en pays étranger, où ne se trouveraient ni la personne ni l'actif mobilier de son débiteur, et qui n'aurait aucune action contre lui en France. Aussi l'arrêt précité du 20 mars 1834 a-t-il été justement annulé par la Cour de cassation le 26 janvier 1836 (5).

Il en serait autrement si le Français demandeur s'était

(1) S., 4, 2, 381.
(2) S., 34, 2, 159; D., 34, 2, 132.
(3) T. I, notes, p. 30.
(4) T. I, n. 151, note, 1.
(5) S., 36, 1, 217; D., 36, 1, 100.

établi en pays étranger sans esprit de retour, parce qu'un établissement de cette nature lui ferait perdre la qualité de Français (1). Mais, ainsi que nous le verrons plus tard (2), les établissements de commerce ne pouvant jamais être considérés comme ayant été faits sans esprit de retour, il en résulte que le commerçant français établi en pays étranger ne perd jamais, par le fait seul de cet établissement, le droit de citer devant les tribunaux de France ses débiteurs étrangers.

685 *bis*. Il n'est pas douteux d'ailleurs que la disposition de l'article 14 du Code civil qui attribue compétence aux tribunaux français pour connaître des obligations contractées par des étrangers envers des Français s'applique aux personnes morales aussi bien qu'aux personnes physiques, et par conséquent aux sociétés commerciales, soit qu'il s'agisse d'engagements contractés par une société étrangère envers un Français, soit qu'il s'agisse d'engagements contractés par un étranger envers une société française. Nous nous sommes déjà expliqué sur ce point (3).

685 *ter*. Nous avons vu plus haut que le principe de l'exterritorialité met les consuls étrangers à l'abri de la compétence des tribunaux français (4) : à plus forte raison en est-il de même des agents diplomatiques. Les agents diplomatiques d'un gouvernement étranger ne sont pas soumis à la juridiction des tribunaux du pays dans lequel ils sont envoyés. Ce principe admis par tous les publicistes passés et présents (5), se fonde sur la nature des choses, qui dans l'intérêt respectif des deux nations ne permet pas que ces agents soient exposés dans leurs personnes ou dans leurs biens à des poursuites qui ne leur laisseraient pas une entière liberté d'action, et qui gêneraient les relations internationales auxquelles ils servent d'in-

(1) Cod. civ., art. 17.

(2) Voy. *inf.*, liv. III.

(3) Rouen, 23 nov. 1863, S., 63, 2, 268; Cass., 14 nov. 1864, S., 65, 1, 135; Amiens, 2 mars 1865, S., 65, 2, 210; Paris, 9 mai 1865, S., 65, 2, 210; Paris, 8 nov. 1865, S., 66, 2, 117; D., 67, 2, 21.

(4) V. *Sup.*, n. 446.

(5) Voy. Heffter, § 215; M. Vergé sur Martens, t. II, 271; Fœlix et Demangeat, t. I, n. 211.

termédiaire. Et comme cependant les besoins journaliers de la vie et les nécessités de l'existence peuvent donner lieu à des oppositions d'intérêt entre les agents diplomatiques et ceux avec lesquels ils ont été amenés à contracter, un décret du 13 ventôse an II, interdisant à toute autorité constituée d'attenter en aucune manière à la personne des envoyés des gouvernements étrangers, ajoute que « les réclamations qui pourraient s'élever contre eux seront portées au Comité de salut public qui est seul compétent pour y faire droit, » c'est-à-dire que ces réclamations doivent être suivies par la voie diplomatique (1).

Le principe qui affranchit les agents diplomatiques de la juridiction des tribunaux du pays où ils sont envoyés, s'applique non seulement à l'ambassadeur ou au chef de la mission, mais encore à tous ceux qui, sous ses ordres, sont revêtus d'un caractère public (2).

Mais l'agent diplomatique qui, au lieu de se renfermer dans ses fonctions et dans les actes ordinaires de la vie civile nécessaires à son existence et par conséquent à l'accomplissement de ses fonctions, se livre à des opérations commerciales, doit être considéré comme renonçant, en ce qui touche ces opérations et leurs suites, au privilége qui le couvre à raison de ses fonctions, des droits qu'elles lui donnent et des devoirs qu'elles lui imposent. Il n'est pas admissible qu'après avoir agi en une qualité exclusive de celle que lui attribue son caratère diplomatique, il puisse se prévaloir de ce caractère pour se mettre à l'abri des poursuites auxquelles il s'est exposé en se faisant commerçant ou en se livrant à des opérations de commerce. Tous les auteurs sont d'accord sur ce point (3).

685 *quater*. Si l'agent diplomatique ne peut être poursuivi

(1) Voy. l'arrêt de la cour de Paris, du 12 juillet 1867, rendu sous un président; D., 67, 2, 121.

(2) V. Cass., 13 oct. 1865, S., 66, 1, 33; Paris, 9 avril 1860, S, 66, 2, 232.

(3) V. Vattel, § 114; Merlin, *Rep.*, v° *Ministre publ.*, sect. V, § 4, art. 6; M. Vergé sur Martens, t. II. § 217. — V. aussi l'arrêt précité de Paris du 12 juill. 1867.

devant les tribunaux français, en tant que simple particulier, peut-il l'être en tant que représentant un souverain étranger et pour répondre aux demandes qui seraient dirigées contre ce souverain ou contre son gouvernement ? Cette question revient à la question plus générale de savoir si les gouvernements étrangers peuvent être cités devant les tribunaux français à raison des engagements qu'ils ont contractés envers un Français.

La jurisprudence s'est généralement prononcée dans le sens de la négative. Les auteurs sont divisés.

Il faut d'abord reconnaître que, toutes les fois qu'un gouvernement agit dans la plénitude de ses pouvoirs politiques et souverains, il n'y a pas de juge de ses actes, et qu'il ne peut, à raison de ses actes, être cité devant les tribunaux d'aucune autre puissance : l'indépendance, la liberté des nations ne permet pas qu'il en soit autrement. La Cour de Paris a donc très-bien jugé le 23 août 1870 (1) qu'un souverain étranger ne peut être cité par un Français devant un tribunal français en réparation des actes arbitraires de son gouvernement exerçant les pouvoirs de police et d'administration qui lui appartiennent sur son territoire. Ce gouvernement a-t-il bien usé de ses pouvoirs, ou les a-t-il excédés ; s'est-il conformé aux lois du pays, ou les a-t-il violées ; était-il tenu de les observer, ou avait-il le droit de suspendre ? Toutes ces questions échappent au contrôle d'une juridiction étrangère ; et c'est tout au plus s'il y a un juge de ces faits dans le pays où ils s'accomplissent.

Mais la difficulté de la question gît dans le point de savoir si un gouvernement étranger peut être cité devant les tribunaux français à raison des engagements qu'il a contractés avec un Français en traitant avec lui comme le Français aurait traité avec un particulier étranger, soit pour des entreprises de travaux ou de fournitures, soit pour des emprunts.

Le seul arrêt rendu sur la question par la Cour de cassation est du 22 janvier 1849 (2). Il s'agissait d'une demande en paye-

(1) D., 71, 2, 9 ; S., 71, 2, 6.
(2) S., 49, 1, 81 ; D., 49, 1, 5.

ment d'une fourniture de souliers faite par des négociants de Bayonne au gouvernement espagnol. La Cour de Pau avait reconnu la compétence des tribunaux français : « attendu que la souveraineté et l'indépendance respectives des gouvernements entre eux n'est d'aucune considération dans la cause. » Mais son arrêt a été cassé, « attendu que l'indépendance réciproque des États est l'un des principes les plus universellement reconnus du droit des gens ; que de ce principe il résulte qu'un gouvernement ne peut être soumis pour les engagements qu'il contracte à la juridiction d'un État étranger ; qu'en effet le droit de juridiction qui appartient à chaque gouvernement pour juger les différends nés à l'occasion des actes émanés de lui, est un droit inhérent à son autorité souveraine, qu'un autre gouvernement ne saurait s'attribuer sans s'exposer à altérer leurs rapports respectifs. » C'est également sur ce motif que se sont fondés les arrêts de Cours d'appel qui ont résolu la question dans le même sens (1).

Mais en quoi l'indépendance d'un État qui a traité comme un particulier, qui doit comme un particulier devrait, est-elle intéressée à ce qu'un juge étranger soit appelé à décider s'il doit ou s'il ne doit pas ? Le contrat qu'il a fait avec un étranger auquel il a acheté ou emprunté n'est pas un acte de sa souveraineté puisqu'il ne pouvait contraindre l'autre partie à lui vendre ou à lui prêter ; le tribunal qui le condamne à payer, quel qu'il soit, n'entreprend donc pas sur une souveraineté qui n'est pas en jeu : il condamne un débiteur. La souveraineté de l'État ou du gouvernement condamné n'est intéressée dans la question que lorsqu'il s'agit de mettre le jugement à exécution sur son propre territoire ; et c'est alors à ce gouvernement ou à ses tribunaux à accorder ou à refuser cette exécution (2). Mais s'il ne s'agit que d'exécuter le jugement sur le territoire du juge qui l'a rendu, par exemple au moyen de la saisie des biens que le gouvernement condamné y possède, on ne voit pas quelle at-

(1) Voy. l'arrêt précité de Paris du 23 août 1870, qui examine la question à un point de vue général. Voy. aussi Nancy, 31 août 1871, D., 71, 2, 207 ; S., 71, 2, 129.

(2) Voy., *inf.* sect. V.

teinte serait portée à la souveraineté de ce gouvernement. « Toutes les fois, dit M. Ch. Vergé dans une consultation délibérée sur cette question (1), qu'un de nos nationaux réclame d'un gouvernement étranger l'exécution d'un acte qui est non un fait de souveraineté, mais un contrat, la qualité de souverain n'absorbe pas la qualité de cocontractant, et ne soustrait pas le coobligé aux sanctions juridictionnelles qui sont la garantie de toute obligation reconnue par la loi. Les gouvernements, quand ils traitent comme personnalité civile avec des particuliers, ont des juges même chez eux, et partant ils peuvent être justiciables des tribunaux français dans les termes de l'article 14 du Code civil s'ils ont pris des engagements envers des Français. »

C'est là l'opinion qui me paraît devoir être suivie ; et c'est la seule qui puisse se trouver d'accord avec la nécessité actuelle des rapports internationaux (2).

Peut-être trouverait-on une tendance à se rapprocher de cette opinion dans les décisions judiciaires qui ont admis des gouvernements à actionner des Français devant les tribunaux français à raison des engagements contractés envers eux par les Français, et qui, en déclarant les gouvernements mal fondés dans leur action, les ont condamnés aux dépens (3)? Admettre les gouvernements étrangers à agir comme demandeurs, et par conséquent autoriser les demandes reconventionelles qui peuvent servir de défense à l'action principale qu'ils ont intentée, et les condamnations qui peuvent être la suite d'une action téméraire, n'est-ce pas reconnaître que dans la contestation où figurent des gouvernements étrangers qui ont contracté comme un particulier aurait pu le faire, les questions de souveraineté des États ne sont en aucune manière

(1) Et à laquelle ont adhéré MM. Pradier-Fodéré, Berthauld et Hautefeuille.

(2) Voy., en ce sens, M. Legat, *Code des étrangers*, p. 306 et 307 ; Bonfils, *de la Comp. des Trib. français*, n. 57 ; Demangeat, *Revue prat.*, t. I, p. 383, et sur Fœlix, t. I, n. 112, note *a;* Heffter, § 22. — En sens contraire, V. M. Demolombe, t. I, n. 251 *bis;* MM. Aubry et Rau, t. VI, § 748 *bis ;* Chauveau sur Carré, t. IV, n. 1923, *bis*.

(3) Voy. Paris, 13 avril 1867, D., 67, 3, 49.

engagées, et que les contrats purement civils ou commerciaux doivent partout trouver un juge des différends auxquels ils doivent naissance ?

Il est bien évident d'ailleurs qu'en admettant que le principe de l'indépendance des États eût pour effet d'exclure la juridiction des tribunaux français à l'égard des souverains étrangers, ce principe resterait sans application vis-à-vis d'un souverain étranger qui aurait contracté en son nom particulier et dans son intérêt privé (1).

686. C'est encore une question que de savoir si l'article 14, en autorisant le Français à traduire l'étranger devant les tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger, s'applique seulement aux obligations conventionnelles, ou s'il comprend aussi les engagements qui se forment sans convention.

L'affirmative, dit M. Merlin (2), ne peut pas être douteuse, puisque, d'une part, l'article 14 du Code civil porte que l'étranger, même non résidant en France, pourra être traduit devant les tribunaux français pour l'exécution des obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français ; et que de l'autre, aux termes des articles 1370 et suivants du même Code, qui ne sont à cet égard que l'écho des lois romaines, une obligation peut aussi bien résulter d'un fait portant le caractère d'un délit, d'un quasi-délit ou d'un quasi-contrat, que d'une convention expresse. « *Obligationes aut ex contractu fiunt, aut ex quasi-contractu aut ex maleficio, aut ex quasi-maleficio* (3). »

Cette opinion a été embrassée par tous les auteurs (4) et consacrée par la jurisprudence (5). Elle est cependant susceptible d'objections, qui d'ailleurs disparaissent devant un examen plus attentif.

(1) Trib. de la Seine, 24 nov., 1871, S., 71, 2, 225.

(2) *Répert.*, v° *Étrangers*, § 4.

(3) § 2, *Institut. de oblig.*

(4) M. Pardessus, n. 1478 ; M. Carré, *Compét. civ.*, t. I, n. 202 ; M. Fœlix n. 175; M. Marcadé sur l'art. 14, C. civ.; M. Demolombe, t. Ier, n. 230.

(5) Rouen, 6 fév. 1841, S., 41, 2, 129 ; Aix, 12 mai 1857, S., 57, 2, 721.

On a dit, pour la combattre (1), que l'article 14 était une dérogation au principe général qui, en matière personnelle, attribue la compétence au juge du domicile du défendeur, et au principe de droit public qui place la personne et les biens de l'étranger n'habitant pas le territoire, et qui n'y a pas contracté, en dehors de toute juridiction territoriale; et que si cette dérogation s'explique et se justifie quand il s'agit d'obligations conventionnelles, par cette considération qu'en contractant avec un Français en pays étranger, l'étranger était présumé savoir qu'il pourrait être traduit devant les tribunaux français, et consentir, par là même à se soumettre à leur juridiction, il n'en est plus ainsi lorsqu'il s'agit d'une obligation résultant, non d'une convention volontaire et expresse, mais naissant d'un simple fait qui n'implique aucun consentement. Et on a ajouté avec quelque apparence de raison que, si l'article 14 pouvait être appliqué aux engagements qui se forment sans convention, lorsqu'ils résultent d'un fait volontaire, tel qu'un quasi-contrat, ou un délit, il resterait du moins inapplicable aux engagements qui résultent d'un fait involontaire, tel qu'un quasi-délit.

Cette argumentation, basée sur le caractère exceptionnel de l'article 14, est assurément spécieuse. Mais elle n'a plus aucune force si l'on remarque que l'article 14, bien qu'exceptionnel, est général dans son exception, en ce qu'il ne fait aucune distinction entre les différentes espèces d'*obligations contractées* par un étranger. On a beau dire que les obligations conventionnelles sont seules *contractées*, et que les autres *naissent* au contraire du fait qui les produit, *fiunt*. Cette distinction est repoussée par la loi même sur laquelle on l'appuie. Car la loi romaine précitée, en indiquant la source des diverses sortes d'obligations, emploie la même expression pour exprimer l'origine des obligations conventionnelles, et celle des obligations qui se forment sans convention. « *Obligationes aut ex contractu* FIUNT, *aut ex quasi-contractu, aut ex maleficio, aut ex quasi-ma-*

(1) Voy. une consultation de M. Crémieux, insérée dans le *Recueil général des lois et des arrêts*, 43, 1, 14.

leficio. » Commettre un délit, ou un quasi-délit, s'engager par un quasi-contrat, c'est donc *contracter* une obligation aussi bien que lorsqu'il y a convention expresse. Dès qu'il y a obligation contractée, l'article 14 est donc applicable.

C'est par application de ces règles, qu'il a été jugé, en matière de quasi-contrats, que l'étranger qui avait accepté une succession ouverte en France ou à l'étranger, pouvait être assigné en France par son cohéritier français en partage de cette succession (1); et, en matière de quasi-délits, que celui qui, par son fait, a causé, en pays étranger, un dommage à un Français, peut être assigné en France en réparation de ce dommage (2).

687. L'article 14 est donc applicable à tous les cas où un étranger s'est obligé envers un Français et a directement contracté avec lui. Il en est ainsi alors même qu'il s'agirait d'une contestation pour laquelle il y aurait attribution spéciale à certains juges (3).

687 *bis.* Le Français qui a contracté en France avec un étranger, conserve donc, même dans le cas où celui-ci a été déclaré en faillite dans son propre pays, le droit de le citer devant les tribunaux français : la règle d'après laquelle la compétence appartient en matière de faillite au juge du domicile du failli (4), ne s'applique qu'aux faillites déclarées en France (5).

687 *ter.* Par la même raison, bien que l'article 56 du Code de procédure attribue la connaissance des contestations en matière de société au juge du lieu où est le siége de la société, cependant l'associé français d'un étranger dans une société établie en pays étranger peut assigner cet étranger devant les tribunaūx français à raison de cette société (6).

(1) Montpellier, 12 juillet 1825, S., 8, 2, 259, et Paris, 17 nov. 1824, *ibid.*, 36, 2, 184.

(2) Poitiers, 8 prairial an XIII, S., 2, 2, 56; Cass., 13 déc. 1842, S., 43, 1, 14. — Voy. cependant Paris, 5 juin 1829, S., 9, 2, 280.

(3) Voy. Cependant Cass., 10 déc., 1866, S., 65, 1, 217.

(4) C. pr., art. 56, § 7.

(5) Aix, 15 mars 1870, D., 70, 2, 204.

(6) Cass., 8 juillet 1841, S., 40, 1, 866.

A plus forte raison, l'associé étranger pourrait-il être assigné en France si la société y avait son siége (1).

Il en serait toutefois autrement si les actionnaires français d'une société étrangère avaient élu domicile dans une ville étrangère et s'étaient reconnus pour toutes les contestations sociales justiciables des tribunaux de cette ville : cette clause de l'acte social emporterait renonciation de la part des associés français au droit que leur confère l'art. 14 du Code civil de citer la société devant les tribunaux français (2).

Mais on ne pourrait voir une renonciation de cette nature, opposable aux associés français, dans la clause des statuts d'une société étrangère par laquelle les contestations entre la société et les actionnaires auraient été soumises à des arbitres, une pareille clause étant nulle en France comme ne désignant ni l'objet de litige ni le nom des arbitres (3).

688. Il y a difficulté pour l'application de l'art. 14, quand l'étranger n'est obligé qu'indirectement envers le Français, c'est-à-dire quand l'étranger s'est primitivement engagé vis-à-vis d'un autre étranger qui a cédé la créance à un Français envers lequel l'étranger ne se trouve définitivement obligé que par l'effet de cette cession. La question peut se présenter aussi bien pour les obligations contractées en France envers un étranger par un étranger, que pour celles qui sont contractées en pays étranger, dans tous les cas où la jurisprudence refuse aux étrangers le droit de s'actionner réciproquement en France ; car, dans l'un et dans l'autre cas, il s'agit de savoir si l'étranger qui n'aurait pu être actionné en France par un étranger avec lequel il aurait contracté, peut l'être par le Français auquel son créancier étranger a cédé la créance ; et si le privilége que l'article 14 du Code civil accorde au Français peut être opposé à l'étranger qui, après avoir contracté avec un étranger, se trouve avoir un Français pour créancier.

En principe général, il n'est pas douteux que cette question doive être négativement résolue. Cet un axiome trivial que le

(1) Paris, 13 fév. 1808, S., 2, 2, 347.
(2) Cass., 24 août 1869, D., 69, 1, 500.
(3) Paris, 8 nov. 1865, S., 66, 2, 117 ; D., 67, 2, 21.

cessionnaire d'une créance n'a pas plus de droits que son cédant, et qu'un créancier ne peut, par les conventions qu'il fait avec des tiers, modifier la position du débiteur. Donc, dans tous les cas où le débiteur étranger ne peut être cité devant les tribunaux français par le créancier étranger avec lequel il a contracté, il ne peut devenir justiciable de ces tribunaux par la cession que le créancier originaire aurait faite de la créance au profit d'un Français. Le Français qui se rend cessionnaire accepte une position toute faite, et à laquelle il ne peut rien changer, parce que le débiteur, en s'engageant avec un étranger, savait à quels juges il aurait affaire, et qu'on ne peut le soustraire à une juridiction qu'il a reconnue pour le soumettre à une juridiction qu'il n'a pas été mis à même de reconnaître (1).

Mais cette solution n'est applicable que dans le cas où il s'agit d'obligations civiles ou commerciales non transmissibles par voie d'ordre. Quand, au contraire, il s'agit d'une obligation négociable par voie d'ordre ou d'endossement, telle qu'une lettre de change ou un billet à ordre, le Français porteur de l'obligation peut citer devant les tribunaux français l'étranger qui l'a contractée envers un autre étranger. Il y a en effet une grande différence entre l'endossement régulier d'une lettre de change ou de toute autre obligation à ordre, et le transport d'une créance ordinaire. D'où vient cette différence ? Elle vient, dit M. Merlin (2), « de ce que, l'endossement n'étant que l'exécution de la clause *ou à son ordre*, sans laquelle la lettre de change ne vaudrait que comme simple promesse, il se lie nécessairement avec la lettre de change elle-même, et en fait virtuellement partie ; de ce que par là le créancier de la lettre de change est censé s'être obligé directement envers tous ceux au profit desquels elle serait endos-

(1) Cass., 26 janv. 1833, S., 33, 1, 100 ; Paris, 1er mars 1856, S., 57, 2, 106. M. Merlin, *Quest. de droit*, v° *Étranger*, § 4, n. 3. — V. en sens contraire M. Demangeat sur Fœlix, t. Ier, p. 334, note *a*, qui admet la compétence des tribunaux français, en cas de cession d'une obligation par le créancier étranger à un Français, alors même que l'étranger débiteur n'est pas en France. V. *inf.*, n. 689.

(2) *Loc. cit.*

sée, et leur avoir assuré contre lui les mêmes droits que s'il les eût compris tous nominativement dans l'engagement qu'il a pris de la payer; et par conséquence nécessaire, de ce qu'à son égard, le porteur n'est pas simplement le cessionnaire de celui au profit duquel il a souscrit la lettre de change, mais l'un de ceux au profit duquel il l'a souscrite, ou en d'autres termes son créancier direct. Dès lors, ajoute M. Merlin, il est bien impossible de contester sérieusement au régnicole devenu par un endossement régulier propriétaire d'une lettre de change souscrite par un étranger au profit d'un autre étranger, la faculté d'en poursuivre le souscripteur de la manière déterminée par l'article 14 du Code civil. »

Il n'y a rien à ajouter à cette démonstration.

Cependant, le contraire a été jugé par la Cour de Poitiers, le 5 juillet 1832 (1). Cet arrêt, motivé avec un soin remarquable, repousse l'opinion qui accorde au porteur français d'un effet négociable souscrit par un étranger au profit d'un étranger, le droit de se prévaloir de l'article 14, « attendu qu'on ne pourrait interpréter cet article dans un sens aussi étrange sans décider d'une manière générale et absolue que les négociants de tous les points du globe ne pourront souscrire une obligation quelconque, un seul effet négociable surtout, sans renoncer par cela seul au bénéfice de la règle *Actor sequitur forum rei;* sans se soumettre par cela seul à quitter leur pays, leurs affaires, pour se soumettre à la juridiction des tribunaux français, auxquels cependant ils n'ont pas dû penser en contractant directement avec tout autre qu'un Français.... Attendu que la position du débiteur ne peut pas être aggravée sans son fait; que si l'étranger sait qu'en s'engageant envers tout autre qu'un Français, son engagement pourra, par la voie d'un endossement ou autre, avoir un jour un Français pour créancier, il a dû croire du moins qu'il lui suffisait de ne pas contracter directement avec un Français, que rien ne peut contraindre à accepter la

(1) S., 32, 2, 441 ; D., 33, 2, 166. — *Adde* Douai, 27 fév. 1828, S., 9, 2, 41 ; D., 28, 2, 181.

créance, pour ne pas subir les conséquences de l'article 14 du Code civil. »

Il me semble que toutes ces objections se trouvent réfutées d'avance par le passage précité de M. Merlin, si net et si concluant. La Cour de Poitiers se préoccupe vivement de ce que le négociant étranger ne pourra souscrire une lettre de change au profit d'un étranger, sans s'exposer à devenir justiciable des tribunaux français, si, plus tard, l'effet passe entre les mains d'un porteur français. Si cette conséquence est fatale, il faut s'en prendre à l'article 14 qui l'autorise, et non au système qui tire de l'article 14 toutes les conséquences qui découlent du principe qu'il pose. Or s'il est vrai, en ce qui touche les droits du porteur d'un effet négociable contre le tireur ou le souscripteur, qu'il n'y a aucun compte à tenir des endosseurs intermédiaires, qui sont comme s'ils n'avaient pas existé, puisque le débiteur ne peut se prévaloir contre le porteur des exceptions qu'il aurait pu opposer aux uns et aux autres, il faut en conclure, d'abord que le débiteur est engagé envers le porteur comme s'il s'était engagé envers lui sans intermédiaire, ce qui fait qu'il est à vrai dire son obligé direct; ensuite qu'il ne peut se prévaloir contre le porteur français qui le cite devant un tribunal de France, de l'exception d'incompétence qu'il eût pu opposer à l'endosseur étranger qui l'aurait cité devant le même tribunal. Le débiteur n'ayant devant lui qu'un Français qui est son créancier direct, ou réputé direct, se trouve invinciblement entraîné devant les tribunaux français, par application de l'article 14, qui comprend dans ses termes tout étranger obligé direct d'un Français.

D'un autre côté, quelque exorbitante et quelque exceptionnelle que soit la disposition de l'article 14 du Code civil, il ne faut pas croire qu'elle mette l'étranger à la discrétion complète du Français, et que celui-ci puisse toujours forcer l'étranger à quitter son pays, ses affaires, son juge naturel, pour venir se faire juger en France. Les facultés les plus illimitées ont cependant une limite : cette limite est l'intérêt. Le Français qui a le droit d'appeler son débiteur étranger devant les

tribunaux de France, n'usera de ce droit que s'il y trouve son utilité, c'est-à-dire s'il a des chances pour pouvoir exécuter en France le jugement, soit sur la personne, soit sur les biens de l'étranger, puisqu'il ne pourrait l'exécuter en pays étranger sans l'y faire réviser ou déclarer exécutoire (1), ce qui l'exposerait, en certains cas, à deux procès pour un. Si donc l'étranger ne peut être jugé et condamné en France d'une manière utile, que s'il y a sa personne ou ses biens, on n'est pas fondé à dire qu'on le force à quitter son pays et ses affaires pour venir se faire juger en France, puisque se trouvant en France, ou y ayant des biens, il y a nécessairement un centre d'affaires; de telle sorte qu'on est autorisé à penser que, lorsqu'un étranger est cité en France par un Français, son créancier plus ou moins direct, cet appel devant les juges français n'a rien d'inattendu ni rien de vexatoire. Je sais bien que ce sont là des considérations de fait, plutôt que de droit; mais elles n'en ont pas moins leur importance dans une matière où l'on s'arme contre l'article 14 du Code civil, précisément de considérations tirées de l'intérêt de l'étranger.

Au surplus, en nous renfermant dans le droit, nous croyons, avec M. Merlin, que le Français, porteur d'une obligation négociable souscrite par un étranger au profit d'un étranger, est réputé créancier direct de l'étranger débiteur, et peut le traduire devant les tribunaux de France. C'est en ce sens que s'est prononcée la jurisprudence de la Cour de cassation (2).

689. Un auteur (3) va plus loin. Il pense que le cessionnaire français d'une obligation civile souscrite par un étranger au profit d'un étranger, peut traduire son débiteur étranger devant les tribunaux français, si celui-ci se trouve habiter la France. Tout Français, dit-on, a le droit d'obtenir justice en

(1) Voy. *inf.*, sect. v.

(2) Cass., 25 sept. 1829, S., 9, 1, 373; D., 29, 1, 361; 26 janv. 1833, S., 33, 1, 100; D., 33, 1, 54; voy. aussi, dans le même sens, Paris, 15 oct. 1834, S., 34, 2, 657; Paris, 7 mai 1856, S., 58, 2, 41; Cass., 18 août 1856, S., 57, 1, 586. — Il en est ainsi du Français qui accepte et paie par intervention les traites d'un tireur étranger. Aix, 31 mars 1865, S., 66, 2, 31.

(3) M. Fœlix, *Droit internat.*, t. I, n. 174. V. aussi M. Demangeat, *ibid.*, n. 174, p. 358, note *a*.

France, pour sa personne et ses biens. C'est un principe de droit public qui résulte de la nature même de la société civile et de la protection que l'État, comme corps, doit à la personne et aux biens de chacun de ses membres, à moins qu'une loi expresse n'ait dérogé à ce principe : ce qui ne se rencontre pas dans le cas où l'étranger cité devant les tribunaux français a sa résidence en France.

J'adopte pleinement cette manière de voir. L'étranger qui établit sa résidence en France accepte les juges français sous l'autorité desquels il consent à vivre. Si donc un Français se trouve créancier de cet étranger, indirectement et au moyen d'une cession, il peut le citer devant les tribunaux de France, qui sont dans ce cas juges naturels des deux parties, aussi bien que s'il s'agissait d'un engagement direct. La compétence résulte alors, non de la nature de l'obligation, mais de la qualité du demandeur et de la résidence du défendeur, tandis que lorsque l'étranger n'a pas de résidence en France, la compétence résulte de la capacité du demandeur et de la nature de l'obligation (1).

690. La question de savoir si l'étranger peut être cité devant les tribunaux de France par le Français avec lequel il n'est engagé que d'une manière indirecte, s'est présentée en matière d'assurance pour compte d'autrui. On s'est demandé si l'assureur *pour compte de qui il appartiendra*, est réputé contracter non-seulement avec le mandataire qui lui présente la police d'assurance, mais encore avec le propriétaire des objets assurés, de telle sorte qu'il soit justiciable des tribunaux de France, à raison de l'exécution de l'assurance, bien qu'il soit étranger ainsi que l'assuré mandataire, si d'ailleurs le commettant est Français. Il faut résoudre la question affirmativement. Le propriétaire assuré par l'intermédiaire d'un tiers qui n'est assuré que pour compte, est à la fois le créancier et le débiteur direct de l'assureur : créancier pour le montant de l'assurance, débiteur pour la prime. L'un et l'autre ont contracté par l'entremise d'un intermédiaire qui peut être aussi obligé envers l'assureur ; mais cet intermédiaire

(1) Voy. M. Demangeat sur Fœlix, t. I, p. 334, note *a* et *sup.*, n. 688.

n'empêche pas qu'il y ait une obligation directe entre l'assureur et l'assuré, parce que l'assureur, en consentant l'assurance, savait qu'il s'engageait envers un tiers connu ou inconnu, et qu'il avait aussi ce tiers pour obligé. « Le signataire d'une police d'assurance, pour compte de qui il appartiendra, dit un arrêt de la Cour d'Aix, du 5 juillet 1833 (1), contracte directement, non-seulement avec le mandataire qui la lui présente, mais encore avec le propriétaire, dans quelque temps qu'il lui soit nommé, avec cette seule différence que lorsque ce propriétaire est nommé dans la police, li est seul obligé vis-à-vis du signataire qui a, au contraire, deux obligés, le mandataire et le propriétaire, quand celui-ci n'est nommé qu'après la signature de la police et dans les actes d'exécution. » Aussi Casaregis (2) décide-t-il que, lorsque le propriétaire pour le compte duquel l'assurance est faite, vient à être nommé, cette nomination a un effet rétroactif au jour du contrat, de telle sorte que le propriétaire nommé est réputé y avoir figuré dès le principe, et est obligé avec le mandataire et au même titre : « *Factâ nominatione censeri debet contractus ab initio radicatus in personâ nominandâ, et transfunditur omne jus in nominatum, nullo penes nominantem existente, censeturque usque ab initio jus quæsitum personæ nominatæ.... quod nominatio operatur ut nominati posteà ab ipso principio nominati et specificati in ipsâ nominatione censeantur.... non admittimus quod factâ nominatione stipulator seu contrahens exeat à contractu qui erat in eo radicatus ab initio... sed persona nominata accumulatur ipsi contractui.* »

Ansaldus est aussi formel : « *In hâc præcisâ formulâ stipulandi assecurationes* per se, ô à chi spetasse, ô attenesse, *plerique doctores assecurationis materiam tractantes firmarunt quod ad effectum dignoscendi ad quem spectet interesse contractûs, haberi debet consideratio ad verum et effectivum dominùm, nullatenus curando quod eadem domini persona non fuerit in apodixe explicata* (3). »

(1) S., 40, 2, 143.
(2) Discurs. 5, n. 6, 7 et 26.
(3) Discurs. 9, n. 5. Voy. aussi Boulay-Paty, *Cours de droit maritime*, t. III, p. 310.

Il est vrai qu'Émerigon (1) n'accorde une action utile à l'assureur contre le propriétaire commettant, qu'autant que celui-ci n'aurait pas payé la prime au commissionnaire, cas auquel il n'aurait d'action directe que contre ce dernier. Mais il est évident qu'en admettant même cette distinction, il n'en serait pas moins vrai qu'en principe, et sauf l'exception que peut opposer le commettant, l'assureur a une action directe contre lui, et que dans tous les cas le commettant a une action directe contre l'assureur pour obtenir le payement de l'assurance. L'assureur étant l'obligé direct de celui pour le compte duquel est faite l'assurance, et qui est l'assuré véritable, peut donc, quoique étranger, et quoique le commissionnaire par l'intermédiaire duquel a eu lieu l'assurance soit également étranger, être cité devant les tribunaux de France par l'assuré français. C'est ce qu'a jugé l'arrêt précité de la Cour d'Aix (2).

691. La disposition de l'article 14 du Code civil, qui autorise le Français à traduire en France l'étranger avec lequel il a contracté en pays étranger, étant tout à fait exceptionnelle et introduite dans le seul intérêt des Français qui ont des étrangers pour obligés, il n'est pas douteux qu'ils peuvent renoncer à la faveur que la loi leur accorde, pour se soumettre à la juridiction de leur débiteur; et que, lorsque cette renonciation a été faite, ils ne peuvent plus la rétracter et revendiquer un privilége dont l'abandon crée un droit au profit de celui qui est appelé à profiter de cet abandon (3).

Cette renonciation peut être tacite aussi bien qu'expresse, et résulter d'actes qui impliquent, de la part du Français, l'intention de ne pas se prévaloir du droit que lui attribue l'article 14. Ainsi, l'élection de domicile dans un lieu dépendant du pays de l'étranger pourrait, suivant les circonstances, être prise pour une renonciation du Français à poursuivre l'étranger ailleurs que devant le tribunal du domicile élu (4). Ainsi

(1) Chap. v, sect. iv.

(2) Voy. aussi Cass., 12 août 1872, S., 72, 1, 323.

(3) Cass., 15 nov. 1827, S., 8, 1, 702; et 14 fév. 1837, *ibid.*, 37, 1, 25; 21 nov. et 11 déc. 1860, *ibid.*, 61, 1, 331; 19 déc. 1864, *ibid.*, 65, 1, 217.

(4) M. Fœlix, *Droit internat.*, p. 232.

encore le Français qui a accepté la constitution d'un tribunal arbitral en pays étranger, est censé renoncer à porter sa demande devant un tribunal français, sans pouvoir opposer la nullité du compromis après avoir volontairement procédé devant les arbitres (1), à la différence des cas où n'ayant pas accepté le compromis il n'aurait pas encore procédé devant la juridiction arbitrale.

692. Mais une question plus délicate est celle de savoir si le Français qui saisit un tribunal étranger d'une demande contre un étranger, renonce par là à la faculté que lui accorde l'article 14; ou s'il peut, nonobstant la demande formée en pays étranger, s'adresser encore aux tribunaux français. Cette question a été diversement résolue par les auteurs et la jurisprudence qui, néanmoins, paraît se prononcer pour la renonciation. Dans ce dernier sens, on se fonde sur ce que le Français qui assigne un étranger devant un tribunal étranger, et qui fait choix d'un juge étranger, ne peut traduire en même temps le défendeur devant la juridiction française, parce qu'il est lié par les actes au moyen desquels ils s'est soumis à une autre juridiction. Dans le sens contraire, on répond que les tribunaux français ne sont pas forcés de reconnaître les actes faits devant une juridiction étrangère; que ces actes ne peuvent produire une litispendance qui autorise l'étranger à demander son renvoi devant le tribunal étranger le premier saisi, comme dans le cas où deux tribunaux français sont saisis de deux demandes identiques ou connexes (2); et que la demande formée devant un tribunal étranger peut d'autant moins être opposée au Français qui forme une pareille demande en France, que cette demande ne pouvant aboutir qu'à un jugement non exécutoire en France, on ne saurait astreindre le Français à suivre une voie qui le conduirait toujours, en définitive, à la nécessité de s'adresser aux tribunaux français (3).

(1) V. les arrêts précités des 21 nov. et 11 déc. 1860; et Paris, 11 janvier 1865, S., 66, 2, 147.

(2) Cod. proc. civ., art. 171.

(3) Voy. Paris, 23 therm. an XII, S., 1, 2, 212; Montpellier, 12 juill. 1826, S., 8, 2, 259; D., 26, 2, 140.

Mais d'abord ce n'est pas, à proprement parler, une exception de litispendance qui est proposée par l'étranger qui demande à un tribunal français de se déclarer incompétent pour connaître d'une demande dont son adversaire français a déjà saisi un tribunal étranger.

Aux termes de l'article 171 du Code de procédure, qui règle la litispendance entre tribunaux français, « s'il a été formé précédemment, en un autre tribunal, une demande pour le même objet, ou si la contestation est connexe à une cause déja pendante en un autre tribunal, le renvoi pourra être demandé et ordonné. » En matière de litispendance, il ne s'agit donc pas d'une déclaration d'incompétence, puisque l'article 171 suppose, au contraire, que le tribunal qui a été saisi le second est compétent, soit à raison de la matière, soit à raison des personnes, mais d'un simple renvoi : c'est-à-dire que le tribunal qui a été saisi le second reconnaît la convenance de renvoyer la connaissance de l'ensemble de l'affaire à celui qui a été saisi le premier d'une demande identique ou analogue.

Ici, au contraire, c'est tout autre chose : il s'agit d'une déclation d'incompétence. C'est, en règle générale, le tribunal du domicile réel ou élu, ou, s'il n'y a pas de domicile, le tribunal de la résidence du défendeur qui est compétent pour connaître des actions personnelles. Ce sont donc, sauf exception, les tribunaux étrangers qui sont compétents pour connaître des demandes formées contre des étrangers domiciliés ou résidants en pays étrangers, pour les obligations par eux contractées en pays étranger; et l'article 14 fait exception à cette règle en accordant privilégiairement au Français la faculté de traduire, devant un tribunal de France, l'étranger qui s'est obligé envers lui en pays étranger. Or, cette compétence exceptionnelle attribuée aux tribunaux français, qui n'est pas une compétence nécessaire, mais une compétence purement volontaire de la part de celui qui les saisit, est subordonnée à cette condition que le Français, au profit de laquelle elle est établie, use de la faculté que lui laisse l'article 14, en saisissant les tribunaux français. Si au contraire il renonce à cette faculté, la compétence exceptionnelle cesse

et la compétence générale reprend son empire. Dans ce cas, l'étranger qui demande au tribunal français de se déclarer incompétent, parce qu'en saisissant un tribunal étranger, le Français a renoncé à la compétence spéciale que l'article 14 établissait en sa faveur, ne propose point une exception de litispendance, puisqu'il ne demande pas un renvoi que les tribunaux français n'ont pas le droit d'ordonner; qu'il excipe seulement de l'incompétence primitive de ces tribunaux, incompétence qu'ils doivent reconnaître, en la déclarant d'une manière pure et simple, sans renvoi, s'il leur paraît qu'en effet le Français demandeur a renoncé au bénéfice de l'article 14.

Les tribunaux français n'ont donc pas à s'occuper alors de la question de savoir si la litispendance proprement dite, et dont l'article 171 du Code de procédure règle les effets, peut exister entre un tribunal français et un tribunal étranger, mais seulement de celle de savoir si, en saisissant un tribunal étranger, le Français a renoncé à la faculté que lui accorde l'article 14 du Code civil, et si par cette renonciation les tribunaux français sont devenus incompétents (1).

C'est ce qui nous reste à examiner.

Un auteur, pour les opinions duquel je suis d'autant plus porté à avoir une grande déférence qu'il a été mon maître, et que la bienveillance dont il m'honorait m'a mis quelquefois à même d'apprécier, dans sa conversation, plus encore que dans ses livres, toute la vigueur de son intelligence si nette et en même temps si brillante et si ornée, M. Boncenne, a consacré à cette question plusieurs pages de son ouvrage sur la procédure civile (2). On trouve dans cette dissertation toutes les précieuses qualités, et il faut bien le dire aussi, les défauts de l'auteur. M. Boncenne avait un esprit plus vif que hardi, plus pénétrant qu'étendu; chez lui la hardiesse du style

(1) C'est en ce sens que doivent être entendus les arrêts de la cour de cassation des 7 septembre 1808, S., 2, 1, 579 et 16 fév. 1841, S., 42, 1, 714, qui repoussent une exception de litispendance devant un tribunal étranger. Il faut d'ailleurs remarquer que dans l'espèce de ces derniers arrêts toutes les parties étaient françaises, et que des motifs particuliers attribuaient compétence aux tribunaux français.

(2) *Théorie de la procédure civile*, t. III, p. 224 et suiv.

cache quelquefois la timidité de la pensée. Si, comme M. Merlin, il excelle dans l'explication d'un texte, dans la recherche et la démonstration de ses rapports avec d'autres textes, à en faire saisir l'enchaînement logique, à grouper les autorités; si, plus habile écrivain que le célèbre procureur général, il a su revêtir d'un style séduisant et de formes souvent heureuses le développement de ses opinions, il faut aussi avouer que, comme M. Merlin, qu'il semble avoir quelquefois pris pour modèle, il manque un peu du sens philosophique, pour lequel d'ailleurs il ne cherchait pas à déguiser son dédain. Il lui arrive de prendre les questions par le bas, au lieu de les prendre par le haut : guide plus sûr dès lors quand il s'agit de creuser une question qui doit se résoudre par les textes ou par les principes purs du droit, et par la logique des déductions légales, que lorsque, en l'absence de texte exprès, il faut, pour résoudre une difficulté, s'élever à des considérations générales et philosophiques auxquelles son esprit sceptique et railleur refusait volontiers toute espèce d'autorité.

Ainsi, M. Boncenne, pour établir que le Français qui saisit un tribunal étranger d'une demande contre un étranger ne renonce pas par là à la faculté de saisir les tribunaux français de la même demande, soutient que tout ce qui se fait devant les tribunaux étrangers ne peut produire aucun effet en France, que les jugements rendus par ces tribunaux n'y ont aucune valeur : d'où il conclut qu'un tribunal français ne peut se préoccuper d'une instance étrangère, puisque cette instance ne peut conduire à un acte qui ait quelque force par lui-même, soit en faveur du créancier français, soit contre lui. Et pour arriver à ces conséquences extrêmes sur l'effet des actes et des jugements étrangers dans les sociétés modernes, et dans l'état actuel des relations internationales, M. Boncenne remonte jusqu'à la jurisprudence romaine, non pas dans son dernier état, mais jusqu'à la loi des Douze Tables, et se rattache aux principes dans lesquels se traduisaient les mœurs contemporaines, qui ne comptaient les étrangers pour rien en droit, et qui se résumaient dans cette phrase, qu'on a si justement qualifiée d'orgueilleuse (1), *adver-*

(1) M. Laferrière, *Histoire du droit français*, t. I, p. 13.

sus hostem æterna auctoritas esto (1); sans remarquer que cette législation égoïste qui ne faisait aucune place aux étrangers dans la société romaine, et qui niait en quelque sorte le droit des gens, finit, avec le temps, par s'adoucir et par se perdre peu à peu, jusqu'au jour où elle disparut tout à fait devant les décrets qui accordaient le droit de cité à tous les sujets de l'empire, et qui divisaient les hommes en deux grandes classes, les citoyens romains et les barbares. Or, aujourd'hui qu'il n'y a plus de barbares, et que les barrières qui séparaient les peuples sont presque partout abaissées, quelle autorité peuvent avoir des principes qui avaient déjà perdu toute leur valeur dans les belles années du monde romain ? Ces principes caractéristiques de temps si différents des nôtres sont pour les jurisconsultes ce que sont les monnaies antiques pour les archéologues : de précieuses médailles qui révèlent l'histoire des faits et des institutions, mais qui n'ont plus aucune valeur monétaire. Il faut donc aujourd'hui compter pour quelque chose les étrangers, les Etats étrangers et les actes des juridictions étrangères.

M. Boncenne s'arme, il est vrai, de nos lois modernes pour justifier l'inefficacité absolue dont il prétend frapper les actes et les jugements étrangers qui intéressent les Français; mais il est manifeste que, pour bien entendre ces lois, il ne faut pas oublier l'époque à laquelle elles doivent être appliquées. On peut dire de la science de l'interprétation et de l'application des lois, ce que Vico dit des sciences en général. : « *Le dottrine debbano caminare da quando comminciano le materie che trattano* (2) ; » les sciences doivent prendre pour point de départ l'époque où commence le sujet dont elles traitent. C'est donc une fausse méthode que de séparer des faits contemporains la loi qu'on applique ou qu'on interprète. C'est cependant ce qui est arrivé ici à M. Boncenne.

Le garde des sceaux Michel de Marillac fit rendre, en 1629, une ordonnance dont l'article 121 porte : « Les jugements rendus, contrats ou obligations reçus ès royaumes et souverainetés étrangères, pour quelque cause que ce soit, n'auront aucune

(1) Voy. *sup.*, n. 489 et suiv.

(2) *Sienza nuova,* axiome 106.

hypothèque ni exécution en notre royaume ; ainsi tiendront les contrats lieu de simples promesses; et, nonobstant les jugements, nos sujets contre lesquels ils ont été rendus pourront de nouveau débattre leurs droits comme entiers par-devant nos officiers. »

M. Boncenne augmente fort des termes de cette ordonnance. Je ne chercherai point à m'armer, contre ses dispositions, de la défaveur qui l'accueillit presque aussitôt que rendue. On sait que le garde des sceaux de Marillac fut enveloppé dans la disgrâce du maréchal de Marillac, son frère, et qu'à son tour l'ordonnance, sur laquelle, suivant l'expression de M. Boncenne, on jeta le sobriquet de *Code Michaut*, fut enveloppée dans la disgrâce de son auteur. Je reconnais néanmoins qu'elle ne tomba pas en désuétude, et qu'elle assujettissait les jugements étrangers à la révision des tribunaux français, de telle sorte que ces jugements n'étaient en France d'aucun poids, et qu'il fallait que la cause y fût de nouveau décidée. Mais, quelle que fût la portée de cette ordonnance, et l'exagération de ses précautions contre les actes étrangers, elle est aujourd'hui sans influence sur la question (1), car son article 121 a été remplacé par les articles 2123 et 2128 du Code civil, et par l'art. 546 du Code de procédure, dont les dispositions se prêtent beaucoup moins au système exclusif, dont on a cherché le point d'appui dans l'œuvre du garde des sceaux de Marillac. Aux termes de l'article 2123 du Code civil, l'hypothèque ne peut résulter des jugements rendus en pays étranger, qu'autant qu'ils ont été déclarés exécutoires par un tribunal français; l'article 2128 porte que les contrats passés en pays étranger ne peuvent donner hypothèque sur les biens de France ; et l'article 546 du Code de procédure ajoute que « les jugements rendus par les tribunaux étrangers, et les actes reçus par les officiers étrangers, ne seront susceptibles d'exécution en France que de la manière et dans les cas prévus par les articles 2123 et 2128 du Code civil ; » c'est-à-dire que les jugements doivent préalablement être déclarés exécutoires par un tribunal français. Or,

(1) Voy. *inf.*, sect. v.

comme nous le verrons plus tard en nous occupant de la forme dans laquelle les jugements étrangers doivent être déclarés exécutoires par les tribunaux français, il résulte de ces dispositions qu'il suffit de les présenter à un tribunal français, qui les revêt de la formule exécutoire, sans qu'il faille les soumettre devant ce tribunal à une révision plus ou moins approfondie du fond du procès. Il est donc manifeste que nous sommes loin de l'article 121 de l'ordonnance de 1629, qui refusait toute force et toute autorité aux jugements étrangers, et qui permettait aux parties, contre lesquelles ces jugements avaient été rendus, de débattre de nouveau leurs droits, comme entiers, par-devant les tribunaux français. L'ancien système ne tenait aucun compte du jugement étranger, tandis que le système actuel prend le jugement pour ce qu'il est, c'est-à-dire, pour un jugement, en assujettissant seulement celui qui l'a obtenu à le faire déclarer exécutoire. Dans le premier, il n'y a pas de jugement ; dans le second, il y a un jugement, mais qui, avant d'être exécuté, doit en quelque sorte être soumis à une sorte de formalité préalable qui a pour objet de sauvegarder non les intérêts des parties, mais ceux de l'ordre public (1). M. Boncenne, qui ne peut s'empêcher de voir cette différence entre nos Codes et l'ordonnance, croit tout sauver en accusant les Codes d'obscurité, et il veut les interpréter par l'ordonnance. Mais de même que c'était un anachronisme de prendre pour point de départ la loi des Douze Tables et les premiers temps de la société romaine, de même aussi c'est un anachronisme de remonter jusqu'à l'ordonnance de 1629, pour expliquer des lois faites près de deux siècles plus tard, dans d'autres temps, sous d'autres mœurs, et en présence de relations dont le commencement du XVIIe siècle ne soupçonnait pas l'existence. C'est une chose remarquable que, dans nos temps de troubles intérieurs et de guerres civiles, l'aspérité des mœurs publiques se fait sentir jusque dans les rapports internationaux, et que les lois égoïstes et soupçonneuses à l'intérieur le sont également à l'ex-

(1) Voy. *inf.*, sect. V.

térieur. Quand le législateur se méfie des citoyens, il doit se méfier de l'étranger. Au contraire, dans les temps de calme et de paix intérieure, et quand la confiance renaît, les relations extérieures sont les premières à s'en ressentir. On comprend dès lors toute la différence qui doit se trouver, quant à la lettre et quant à l'esprit, entre l'ordonnance de 1629, rendue au milieu des orages du règne de Louis XIII, qui engloutirent bientôt après l'auteur même de cette ordonnance, et les Codes civil et de procédure, œuvres des plus beaux jours du Consulat et de l'Empire, et publiés au milieu d'une paix intérieure qui n'était troublée que par le bruit lointain des conquêtes et des victoires. Je ne sais même, si les Codes étaient à faire aujourd'hui, s'ils ne s'éloigneraient pas encore davantage de l'ordonnance de 1629, malgré le trouble des esprits et des idées, et les ferments de haines nationales que les événements de ces dernières années ont laissés derrière eux. On a quelquefois reproché à nos lois civiles de n'être pas à la hauteur des progrès moraux de la société et de notre situation économique : n'aggravons pas ce défaut, en reculant dans le passé pour y chercher des éléments d'interprétation que nous devons trouver dans le présent et dans des notions plus épurées des devoirs et des droits réciproques des peuples et des citoyens. M. Boncenne, que ces considérations touchent peu, renvoie plaisamment à un futur congrès le soin de proclamer le droit nouveau des peuples. Ce droit n'est pas nouveau : seulement on comprend mieux aujourd'hui qu'autrefois qu'il n'y a pas de relations internationales possibles, si chaque peuple reste comme parqué dans son territoire, et si, en y admettant les étrangers, on n'y admet pas aussi les actes et les faits qui se sont régulièrement manifestés sous l'empire de leurs lois (1).

N'exagérons donc pas le sens naturel des articles 2123 et

(1) M. Boncenne invoque l'autorité de M. Merlin, *Quest.*, v° *Jugement*, § 14, et de M. Toullier, t. X, n. 81 ; mais le premier de ces auteurs ne s'occupe d'une question analogue que dans ses rapports avec l'ordonnance de 1629. Quant à M. Toullier, en traitant diverses questions relatives à l'autorité des tribunaux étrangers, questions dont l'examen viendra plus tard, il s'est visiblement laissé influencer par cette ordonnance. Voy. *inf.*, sect. v.

2128 du Code civil, et 546 du Code de procédure. Bornons-nous à y voir ce qui y est, c'est-à-dire la nécessité de faire rendre exécutoires en France, les jugements étrangers qu'on veut y mettre à exécution. Mais comme, malgré cette nécessité reconnue, le jugement étranger reste un jugement, et est toujours un titre qui constitue tout au moins un préjugé, il faut en conclure que les actes faits pour l'obtenir ne peuvent être considérés comme des actes inutiles et sans effet, puisqu'ils conduisent à un jugement qui lui-même doit produire des effets quelconques. « C'est seulement la force exécutoire des jugements étrangers qui leur est déniée en France jusqu'à leur révision, dit la Cour de cassation dans un de ses arrêts (1), ainsi qu'il résulte des articles combinés 2123, 2128 du Code civil et 546 du Code de procédure ; mais ces dispositions de la loi, qui consacrent le droit de souveraineté sur le territoire, ne sont point prises en vue des intérêts privés, et les parties contractantes ou litigantes restent liées par les actes de la juridiction volontaire et contentieuse à laquelle elles se sont soumises. »

Donc, le Français qui saisit les tribunaux étrangers d'une demande contre un étranger, demande que la disposition exceptionnelle de l'article 14 lui permettait de porter devant les tribunaux français, qui se soumet par là volontairement à la juridiction des tribunaux étrangers, qui fait ainsi un acte utile, renonce au privilége de l'article 14, et n'est plus recevable dès lors à saisir les tribunaux français d'une demande qui a cessé d'être de leur compétence (2).

693. A plus forte raison les tribunaux français deviennent-ils incompétents, si non-seulement l'instance a été introduite devant un tribunal étranger, mais encore si ce tribunal a rendu son jugement (3). Dans l'un et l'autre cas, les tribunaux français ne peuvent plus être appelés qu'à donner la force exécutoire au jugement étranger rendu ou à rendre, si son exécution doit avoir lieu en France.

(1) 15 nov. 1827, S., 8, 1, 702.
(2) Cass., 14 fév. 1837, S., 37, 1, 251. M. Fœlix, *Droit int.*, n. 18 et s.
(3) Cass., 15 nov. 1827, S., 8, 1, 702. M. Fœlix, *ubi sup.*

694. La cour de Rouen a jugé, le 19 juillet 1842 (1), que le Français envers lequel un étranger a contracté des obligations, est recevable à le traduire devant les tribunaux français, même après avoir formé contre cet étranger une demande devant les tribunaux du pays de celui-ci, alors qu'au moment où a été formée la demande devant les tribunaux étrangers, l'étranger défendeur ne possédait en France aucune valeur ou propriété qui pût assurer l'exécution de la chose jugée en France, et qu'il y en possède au moment de la demande formée devant les tribunaux français. « Attendu, porte cet arrêt, que, pour être admis à soutenir que le Français qui a cité un étranger devant un tribunal étranger a dû par cela seul renoncer à appeler ensuite son adversaire devant la justice française, il faudrait qu'il fût bien démontré que lorsqu'il a pris ce parti, il a fait son choix libre et mûrement réfléchi, et que son débiteur avait des valeurs disponibles et saisissables tant en France qu'en pays étranger; qu'alors la raison et l'équité devraient proscrire une pareille action, et s'opposer à ce que la même cause, déjà jugée par les tribunaux étrangers, vînt se reproduire dans les mêmes détails et circonstances, et se débattre devant les tribunaux de France..... » ; d'où la cour conclut justement que dans l'espèce qui lui était soumise, le défendeur ne possédant en France aucune valeur connue au moment où il avait été traduit devant un tribunal étranger, le demandeur, en ne le poursuivant pas en France, avait cédé à une nécessité de position, et avait conservé la faculté de citer son débiteur devant les tribunaux français, parce qu'il ne pouvait être réputé avoir renoncé à une faculté dont il n'avait jamais été mis à même d'user d'une manière utile (2).

M. Fœlix désapprouve la distinction admise par cet arrêt (3), comme étant de nature à provoquer de la part des juridictions étrangères des mesures de rétorsion contre les débiteurs fran-

(1) S., 42, 2, 389, et 24 fév. 1846, S., 46, 1, 474. V. dans le même sens Paris, 22 nov. 1851, S., 51, 2, 783, et Cass., 27 déc. 1852, S., 53, 1, 94. — V. aussi M. Demolombe, t. I, n. 251.

(2) Voy. dans le même sens cass. 11 déc. 1860, S., 60, 1, 331.

(3) *Droit internat.*, n. 182.

çais. Mais le principe de ces mesures de rétorsion se trouve dans l'article 14 lui-même, qui, en permettant au Français de traduire devant les tribunaux de France l'étranger avec lequel il a contracté en pays étranger, autorise les gouvernements ou les juridictions étrangères à permettre, par voie de réciprocité, aux créanciers étrangers, de poursuivre en pays étranger les Français avec lesquels ils ont contracté en France; et je ne vois pas en quoi l'arrêt de la cour d'appel de Rouen aggrave cet état de choses.

Il a été jugé également et avec raison par la cour de cassation le 27 mai 1859 (1) que le Français qui a cité son débiteur étranger devant un tribunal étranger ne renonce pas par cela seul au droit de le citer devant les tribunaux français, lorsque, condamné par le tribunal étranger à fournir une caution *judicatum solvi*, il ne s'est pas soumis à cette condamnation, et a porté sa demande devant les tribunaux français, sans avoir donné aucune suite à celle qu'il avait formée devant le tribunal étranger. Il est bien clair en effet que si, par le fait du débiteur étranger, la demande formée devant un tribunal étranger est restée sans résultat, le créancier français ne saurait avoir perdu le droit de s'adresser aux tribunaux de France.

D'où il faut conclure en définitive que, si le fait d'avoir porté devant un tribunal étranger une demande qui eût pu être portée devant un tribunal français, est de nature à emporter renonciation au droit que l'art. 14 donne au créancier français, il peut y avoir telles circonstances dans lesquelles la demande formée devant un tribunal étranger laisse subsister le droit de saisir ultérieurement les tribunaux français (2).

695. Remarquons au surplus que tout ce qui précède n'est applicable qu'au Français demandeur devant un tribunal étranger. Celui qui n'est que défendeur, pourrait toujours former une demande reconventionnelle devant les tribunaux français (3).

(1) S., 59, 1, 289.
(2) V. mes observations sur l'arrêt du 27 mai 1859, *loc. cit. sup.*
(3) M. Fœlix, *Droit internat.*, n. 183.

Mais, après avoir formé cette demande par voie de défense ou d'exception devant le tribunal étranger, le Français pourrait-il encore la porter devant un tribunal français? La solution de cette question dépendrait des circonstances, de la nature de la demande et de l'état de la contestation; en un mot, du point de savoir si les actes faits par le Français défendeur, devant la juridiction étrangère, impliquent une renonciation au privilége de l'article 14, ou comportent une réserve de ce privilége. C'est dès lors une question de fait plus qu'une question de droit.

696. Jusqu'ici, je ne me suis occupé que du cas où le Français qui cite l'étranger en pays étranger, aurait pu le citer en France par application de la seconde disposition de l'article 14 du Code civil, qui est relative aux cas où le Français a contracté avec l'étranger en pays étranger. Il s'agit maintenant de savoir si le Français qui, aux termes de la première disposition de cet article, peut citer devant les tribunaux français l'étranger même non résidant en France, pour obligations par lui contractées en France, peut encore saisir les tribunaux français après avoir saisi les tribunaux étrangers de sa demande.

On doit décider qu'il ne le peut pas; non pas précisement par les mêmes raisons que lorsqu'il s'agit d'une demande ayant pour objet un engagement contracté en pays étranger, mais par des raisons analogues. L'étranger qui a contracté en pays étranger avec un Français ne peut être cité en France par le Français qu'en vertu de la disposition exceptionnelle de l'article 14, tandis que l'étranger qui a contracté en France avec le Français peut être réputé avoir accepté d'avance la juridiction des tribunaux français, de telle sorte que la compétence des tribunaux français, qui avait besoin d'être déclarée dans le premier cas, existe par elle-même dans le second et indépendamment de toute déclaration législative. L'article 14, qui dans un cas crée un privilége et un droit nouveau, ne fait donc, dans l'autre cas, que reconnaître un droit antérieur et préexistant. Néanmoins, quelle que soit la source du droit qui appartient au Français de citer l'étranger en France, il

peut, dans un cas comme dans l'autre, y renoncer ; et s'il y renonce en citant l'étranger devant les tribunaux étrangers, lorsque son droit résulte uniquement de la disposition de la loi, il n'y a pas de raison pour ne pas voir dans le même fait une renonciation au droit qu'il tiendrait moins de la loi que de la soumission antérieure de l'étranger à la juridiction française. Dans les deux cas, et nonobstant la compétence attribuée aux tribunaux français sur l'étranger, les tribunaux étrangers ne cessent pas d'être les juges naturels du défendeur, et le Français qui les saisit renonce par cela même à toute autre juridiction, quelle que soit d'ailleurs l'origine de la juridiction à laquelle il renonce.

697. On voit, par tout ce qui précède, à combien de difficultés donne lieu le règlement de la compétence entre Français et étrangers. Ces difficultés ne sont pas de nature à s'aplanir, parce que l'uniformité de législation, qui seule pourrait les faire disparaître, est une idée si difficile à réaliser qu'il n'est pas même permis de raisonner dans une pareille hypothèse. Chaque État a réglé et réglera longtemps encore la compétence relativement à ses nationaux et aux étrangers, suivant qu'il voudra plus ou moins favoriser les uns ou les autres (1), et ces règles seront encore modifiées par des mesures de réciprocité qui influeront toujours sur la solution des questions.

On peut cependant remédier à ces inconvénients par des traités diplomatiques qui établissent entre les puissances contractantes des règles uniformes de compétence, en désignant les tribunaux qui doivent connaître des contestations entre étrangers, et entre étrangers et nationaux. Il faut alors se conformer de part et d'autre aux règles tracées par ces traités, qui dérogent en ce point aux dispositions des lois particulières de chaque pays (2).

(1) Voy. dans le *Traité du droit intern.* de M. Fœlix, le résumé des législations étrangères sur les points réglés par l'art. 14 du Code civil, t. I, n. 187 et s.

(2) V. le traité entre la France et la Russie du 11 janvier 1787, le traité entre la France et la Suisse du 18 juillet 1828, celui du 16 avril 1849 entre la France et Grand-Duché de Bade, et Cass., 27 août 1835, S., 35, 1, 794, et D., 36, 1, 14 ; 4 mai 1868, D., 68, 1, 313.

Il a même été jugé sur ce point que l'exception d'incompétence qu'un étranger actionné par un Français oppose à raison de ce que, d'après un traité international, il aurait dû être cité devant la juridiction de son pays, est une exception d'ordre public qui peut être proposée en appel pour la première fois, et bien qu'il ait été défendu au fond devant les premiers juges (1).

698. Une règle générale, applicable dans tous les cas qui précèdent, c'est que les tribunaux français, compétents pour connaître d'une demande principale, sont également compétents pour connaître des demandes incidentes ou en garantie qui peuvent s'y joindre.

699. Ainsi, bien qu'en principe les tribunaux français soient incompétents pour connaître des questions d'état qui s'élèvent entre étrangers, cependant si une question d'état est soulevée à l'occasion d'une contestation dont les tribunaux français sont compétemment saisis, ils peuvent la juger. C'est ce qui résulte clairement de la loi 13 au Code *De judiciis*, qui, supposant le cas où, à l'occasion d'une question de propriété portée devant le juge de la situation des biens, il s'élève une question d'état excédant la compétence de ce juge, dispose qu'il peut résoudre la seconde pour arriver à résoudre la première : « *Quotiès quæstio statûs bonorum disceptationi concurrit, nihil prohibet quo magis apud eum quoque, alioquin super causâ statûs cognoscere non posset, disceptatio terminetur.* » La loi 1, au Code *De ordine judiciorum*, est encore plus formelle : « *Adite præsidem provinciæ, et ruptum esse testamentum Fabii agnatione filii docete; neque enim impedit notionem ejus quod statûs quæstio in cognitionem vertitur et si super statûs causâ cognoscere non possit : pertinet enim ad officium judicis qui hæreditate cognoscit, universam incidentem quæstionem quæ in judicium devocatur examinare, quoniam non de eâ, sed de hæreditate pronuntiat.* »

Mais il faut avoir soin de remarquer que le tribunal français ne peut connaître de la question d'état incidente à une contestation principale entre étrangers, qu'autant que cette ques-

(1) Colmar, 11 déc. 1861, S., 62, 2, 205.

tion rentre par sa nature dans les limites de sa compétence. Si donc la question d'état incidente se présentait devant un tribunal de commerce français, il ne pourrait la juger, parce que les tribunaux de commerce, dont la compétence est limitée aux affaires commerciales, ne peuvent en aucun cas prononcer sur l'état des personnes (1).

700. Ainsi encore, les garants, même étrangers, peuvent être appelés devant un tribunal français, par le défendeur qui a été régulièrement appelé devant ce tribunal (2). C'est ce qui peut avoir lieu spécialement au cas de lettres de change. Celui des signataires de l'effet qui est assigné en payement devant un juge compétent, peut appeler devant ce juge tous ceux qui sont tenus de le garantir.

701. Enfin, les tribunaux français, saisis d'une distribution ou d'un ordre entre créanciers, sont compétents, même à l'égard des créanciers étrangers qui sont tenus, s'ils veulent prendre part à l'ordre ou à la distribution, de comparaître devant les juges auxquels appartient la connaissance de l'affaire, soit à raison du domicile du débiteur, soit à raison des biens dont le prix est en distribution (3).

702. Il nous reste maintenant à examiner, dans tous les cas où les tribunaux français sont compétents, devant quel tribunal français la demande doit être portée. C'est ce qui fera l'objet du paragraphe suivant.

§ II. — *De la compétence particulière des tribunaux français.*

SOMMAIRE. — 703. La compétence se règle par la loi du lieu où la demande est formée. — 704. Matière réelle. Matière personnelle. Matière mixte.— 705. Où doit être cité l'étranger qui n'a qu'une résidence? — 706. Domicile élu. — 707. Compétence en matière de société; de succession; de faillite. — 708. En matière de garantie. — 709. Choix laissé au demandeur en matière commerciale. — 710. Du cas où le défendeur n'a ni domicile ni résidence. — 711. Compétence des tribunaux civils et des tribunaux de commerce.

(1) Cass., 13 juin 1808, S., 2, 1, 542.

(2) Art. 181 du Code de procédure.

(3) *Nec in aliquâ haberi debet consideratione quod inter creditores reperiantur forenses, et non suppositi jurisdictioni judicum hetruscæ ditionis; quoniam receptum et practitatum est in hâc materiâ, tam ratione connexio-*

703. Je vais examiner ici brièvement devant quel tribunal français doivent être portées les actions qui intéressent les étrangers, lorsque d'ailleurs elles sont de la compétence des tribunaux français.

Cette compétence particulière, qui suppose résolue la question de compétence générale, dépend, en matière réelle, de la situation de l'objet litigieux; en matière personnelle, du domicile réel ou élu, de la résidence, ou de la nature de la contestation ; et elle se règle uniquement d'après la loi française, suivant ce principe admis sans contestation, que la compétence se règle par la loi du lieu où la demande est formée.

704. Ainsi, en matière réelle, le défendeur français ou étranger doit être assigné devant le tribunal de l'objet litigieux, en quelque lieu qu'il ait d'ailleurs son domicile, par application de l'article 59 du Code de procédure, qui résout la question, antérieurement fort controversée et très-diversement résolue, de savoir si, en matière réelle, le défendeur devait être assigné devant le tribunal de son domicile, ou devant celui de la situation, ou bien encore s'il pouvait être assigné indifféremment devant l'un ou l'autre, au choix du demandeur.

La loi 3, au Code *Ubi in rem actio exerceri debeat,* semblait laisser le choix au demandeur : « *Actor rei forum, sive in rem, sive in personam sit actio, sequitur; sed et in locis in quibus res propter quas contenditur constitutæ sunt, jubemus in rem actionem adversus possidentem moveri.* » D'où Brunnemann et Accurse (sur cette loi) concluent qu'en droit romain le demandeur avait le choix entre le juge de la situation et celui du domicile. « *Electio actori competit,* dit Brunnemann, *an in loco domicilii an vero in loco rei sitæ, reum convenire velit; nec reum in loco domicilii conventum, posse revocare ad locum rei sitæ.*

Dans l'ancien droit français, les uns voulaient qu'on suivît le

nis ne contingat super eodem puncto coràm diversis judicibus plures et diversas vel contrarias sententias proferri, quàm etiam ratione intolerabilis incommodi partium, ut coram pluribus judicibus et in diversis foris scripturas producere ac novas probationes facere cogerentur, quod idem sit judex et unicum judicium. Ansaldus, *discurs.* 11, n. 25. — Voy. aussi le cardinal de Luca, *De jurisdict.*, *discurs.* 83, n. 3.

domicile du défendeur (1); d'autres, la situation des choses (2); ceux-ci ne reconnaissaient la compétence des juges de la situation que lorsque le défendeur était trouvé dans ce lieu, sous prétexte qu'il eût été injuste d'arracher le défendeur à ses affaires pour le forcer à plaider dans un lieu où il n'était pas : « *Semper*, disait Cujas (3), *cum dicitur forum esse competens, ubi res est, sic exaudiri debet, si et ibi inveniatur reus : alioquin iniquissimum esset ex domicilii loco extrahi eum ad locum in quo sita res est, quia non sine magno detrimento magnâque interdum captatione à rebus nostris revocamur.* » Ceux-là, enfin, revenant au système du droit romain, donnaient au demandeur l'option de poursuivre le défendeur, ou devant le juge de son domicile, ou devant le juge de la situation (4).

L'article 59 du Code de procédure a mis fin à ces divergences.

En matière personnelle, l'étranger domicilié en France doit être assigné devant le tribunal de son domicile de fait ou de droit : cela est sans difficulté.

En matière mixte, c'est-à-dire à la fois réelle et personnelle, il doit être assigné devant le juge de la situation, ou devant le juge de son domicile, au choix du défendeur.

705. L'étranger qui n'a en France qu'une résidence doit être assigné devant le tribunal de sa résidence, qui lui tient lieu de domicile (5).

706. Celui qui a élu domicile en France doit être assigné devant le tribunal du domicile élu (6).

707. L'étranger qui fait partie d'une société établie en France doit être assigné, tant qu'elle existe, devant le tribunal du lieu où elle est établie.

(1) Despeisses, t. I, p. 443, n. 12.

(2) Dumoulin, sur Troyes, art. 2. C'est pourquoi dans quelques contrées, bien que les bourgeois du Roi eussent le privilége de plaider devant les juges royaux, comme ce privilége était personnel, on ne l'admettait pas dans les actions réelles, qui restaient soumises au juge local. *Sed non in realibus nec in petitorio*, dit Dumoulin, *loc. cit.*

(3) *Paratit. cod. ubi de hæred agi oportet.*

(4) Bacquet, *Droits de justice*, ch. VIII, n. 31.

(5) Paris, 9 mai 1835, S. 35, 2, 278.

(6) Cod. civ., art. 111. Voy. *sup.*, n. 497, 660 et suiv.

Celui qui prend part à une succession ouverte en France, devant le tribunal de son ouverture (1).

Celui qui fait faillite en France devant le tribunal du lieu où était son établissement commercial.

Tous ces cas sont réglés par l'article 59 du Code de procédure, et ne peuvent faire aucune difficulté.

708. Il en est de même des cas de garantie : le garant peut toujours être appelé devant le tribunal saisi de la demande principale.

709. Enfin, en matière commerciale, le demandeur peut assigner à son choix : devant le tribunal du domicile du défendeur; devant celui dans l'arrondissement duquel la promesse a été faite et la marchandise livrée; ou devant celui dans l'arrondissement duquel le payement devait être effectué (2).

710. Mais il arrive quelquefois que les parties ne se trouvent dans aucune de ces hypothèses, et que le tribunal compétent n'est déterminé par aucune des circonstances auxquelles la loi se rattache pour indiquer le juge qui doit connaître de la contestation. C'est ce qui peut avoir lieu dans le cas de contestation entre deux étrangers non résidants en France, et surtout dans le cas où un étranger non résidant en France est traduit devant les tribunaux français par le Français avec lequel il a contracté, soit en France, soit en pays étranger, et qui profite de la faculté que lui accorde l'article 14 du Code civil.

D'abord, relativement aux contestations entre deux étrangers qui n'ont en France ni résidence fixe ni domicile élu, mais qui s'y trouvent momentanément, comme les tribunaux français ne sont compétents que si les parties sont actuellement en France et si elles y ont contracté, il me semble que le demandeur doit citer le défendeur devant le tribunal de sa résidence actuelle et momentanée (1). L'article 59 du Code de procédure autorise implicitement cette manière de procéder, puisqu'en indiquant le tribunal de la résidence à défaut de

(1) Limoges, 5 avril 1855, S., 55, 2, 188.

(2) Cod. de procéd., art. 181. Cass. 18 juillet 1865, S., 65, 1, 350.

(3) Cod. de procéd., art. 420.

domicile, il ne fait aucune distinction entre la résidence fixe et le résidence momentanée. Si, au contraire, au moment de la demande, le défendeur était en voyage, de sorte qu'il ne fût que passagèrement dans le lieu où il serait trouvé, et qu'il n'eût pas de résidence, je pense qu'il devrait être assigné dans le lieu du contrat. Car de même qu'en contractant en France, il s'est soumis à la juridiction des tribunaux français, de même aussi en contractant dans un lieu, il est réputé s'être soumis aux juges de ce lieu (1). Il en serait de même, à plus forte raison, si, au moment de la demande, l'étranger défendeur se trouvait dans le lieu même où il a contracté.

Mais il y a plus de difficulté quand il s'agit de l'application de l'article 14, qui autorise le Français à traduire devant les tribunaux français l'étranger avec lequel il a contracté en pays étranger. Si l'étranger a une résidence momentanée en France il pourra être traduit, comme dans les cas qui précèdent, devant les juges de cette résidence. Si, au contraire, il n'y a pas de résidence, même momentanée, et s'il se trouve en pays étranger, devant quel tribunal français devra-t-il être cité? Les uns pensent que, dans ce cas, le demandeur a le choix entre tous les tribunaux du royaume (2) ; d'autres, que le demandeur doit porter sa demande au tribunal dont lui-même est justiciable, c'est-à-dire au tribunal de son propre domicile (3).

J'adopte cette dernière opinion. On ne pourrait laisser au Français demandeur le choix entre tous les tribunaux de la France, sans se mettre en opposition avec l'esprit manifeste des lois de compétence, qui est de déterminer cette compétence de manière à ce qu'elle ne soit pas incertaine, et à ne jamais laisser au demandeur un choix illimité. L'article 14, en permettant au Français de citer devant les tribunaux de France, l'étranger, même non trouvé en France, avec lequel il a contracté en pays étranger, lui accorde un privilége qui serait étendu outre mesure, si le Français avait de plus la

(1) Voy. Paris, 30 mai 1807, S., 2, 2, 395.

(2) Fœlix, *Droit int.*, n. 171 ; Guichard, *Des droits civils*, n. 277.

(3) Cass., 9 mars 1863, S., 63, 1, 225 ; Pardessus, n. 1478 ; M. Demangeat sur Fœlix, t. Ier, p. 327, note *a*.

faculté de choisir le tribunal devant lequel il appellerait l'étranger. Dire que tous les tribunaux français sont compétents, quand il s'agit de savoir quel est le tribunal compétent, ce n'est pas résoudre la question, c'est au contraire éviter de la résoudre, et laisser dans le vague une compétence qu'il s'agit de préciser. Or, pour la préciser, il n'y a pas d'autre moyen que de l'attribuer au tribunal du domicile du Français demandeur. En effet, le droit de traduire l'étranger en France, que le demandeur puise dans sa qualité de Français, constitue évidemment un droit que le Français doit exercer au lieu où il exerce ses droits civils, c'est-à-dire à son domicile, puisque, aux termes de l'article 102 du Code civil, « le domicile de tout Français pour l'exercice de ses droits civils est au lieu où il a son principal établissement ; » ce qui est dire clairement que le Français doit exercer ses droits civils dans le lieu de son principal établissement, ou, ce qui revient au même, de son domicile. Et comme il n'y a pas de raison pour suivre une autre règle relativement au droit particulier que le Français puise dans l'article 14, il faut en conclure que le tribunal du domicile du demandeur est seul compétent pour connaître des actions, dirigées contre un étranger qui n'a en France ni domicile ni résidence fixe ou momentanée. Sans doute, cette manière de procéder s'écarte de la règle générale, qui, en matière personnelle, détermine la compétence d'après le domicile ou la résidence du défendeur. Mais quand le défendeur n'a ni domicile, ni résidence en France, il faut bien chercher une autre raison de décider. D'ailleurs, la compétence est en général déterminée plutôt dans l'intérêt du défendeur que dans l'intérêt du demandeur : c'est ce que prouve évidemment la maxime *actor sequitur forum rei*, dont l'article 59 du Code de procédure n'est que la paraphrase. Or, assurément, l'intérêt du défendeur n'est pas, dans l'hypothèse qui nous occupe, de pouvoir être cité indifféremment devant tous les tribunaux de la France. Son intérêt, au contraire, est que le choix du demandeur soit limité autant que possible. C'est donc dans le seul intérêt du demandeur, déjà largement favorisé par l'article 14, qu'on reconnaîtrait à tous les tribunaux indifféremment une

compétence qui permettrait à ce demandeur d'opter entre tous. Est-ce là une solution logique? Je ne le crois pas.

La solution serait la même dans le cas où l'étranger serait assigné par un Français à raison d'une obligation contractée en France. Si l'étranger a une résidence momentanée, il devra être assigné devant le tribunal de cette résidence; s'il n'a pas de résidence, même momentanée, ou s'il ne se trouve pas en France, il doit être assigné devant le tribunal du domicile du demandeur. J'avais pensé que, dans ce dernier cas, il devait être assigné devant le tribunal du lieu du contrat; mais l'article 14 mettant sur la même ligne le cas où l'étranger s'est obligé en pays étranger et le cas où il s'est obligé en France, la compétence doit être réglée de la même manière dans l'un et dans l'autre (1).

711. Il est inutile de dire, parce que cela va de soi, que dans les contestations qui intéressent des étrangers, la compétence respective des tribunaux civils et des tribunaux de commerce est déterminée par les mêmes règles que dans les contestations qui n'intéressent que des Français.

(1) M. Demangeat sur Fœlix, t. I[er], p. 327, note *a*.

FIN DU TOME PREMIER.

TABLE DES MATIÈRES

Le chiffre indique la page.

CORBEIL. — TYP. ET STÉR. DE CRÉTÉ FILS.

